الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية الحقوق ابن عكنون

مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي و الموضوعي في مجال الإلتزامات

بحث لنيل :

شهادة الماجستير في القانون
فرع : العقود و المسؤولية

تحت إشراف :
الأستاذ- د : عبد الحميد بن شنيتي

إعداد الطالب :
عزوز عبد الحميد

2003 -2002

الإهداء

أهـــــدي هــذا لعــمـل المـــتواضع إلى:

المرحـــــوم والــدي تغـــمده ا برحـمـته الـواسعة، الـــذي لم يـدخر أي جهـد معـــنوي،

او مـــادي في سبيـــــــل تعلـــــيمي.

تشكرات و عرفان

أتـقدم بأســمى عــبارات الشــكر الجزيل والتــقديـر:

الأستاذ: المشرف رغم أعماله المكثفة، عن توجيهاته وإرشاداته الشكلية والموضوعية القيمة في سبيل

إعـــــداد هــــذا البحث.

يعتبر القانون المصدر غير المباشر لجميع أنواع الإلتزام ، سواءاً كان إراديا أم غير إرادي ، و على إختلاف طبيعته .

إن الإلتزام بوجه عام يستند في وجوده إلى عنصرين أساسين :
الأشخاص و المحل ، و الأمر هنا محل خلاف إذ أن هناك جانبا من الفقه يغلب عنصر الأشخاص ، بل و لا يعتد بالإلتزام إلى إذا كان مقترنا بوجود شخصين محددين عند نشوء علاقة الإلتزام ، بينما يذهب إتجاه آخر من الفقه لتغليب عنصر المحل بإعتباره قيمة مالية ترتبط بالذمة المالية لا بالشخص ذاته ، و هذه القيمة المالية ترد عليها كافة التصرفات القانونية ، و يترتب عن كلا التصورين أثاراً قانونية بالغة الأهمية إستنادا على أسس و معطيات مختلفة.

و لما كان موضوع البحث يتطرق إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من هذا الموضوع ، كان لزاما التعرض إلى مفهوم الإلتزام في تصور المذهب الشخصي الذي يجد صداه في النظم القانونية اللاتينية و على رأسها القانون الفرنسي ذات النزعة الشخصية في نظرته للإلتزام ثم التعرض إلى الآثار القانونية المترتبة عن هذا التصور.

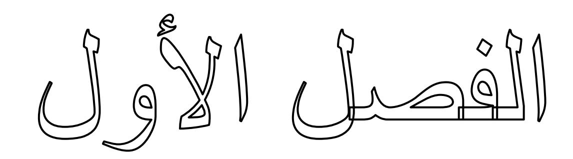
ثم تطرقنا إلى مفهوم الإلتزام في المذهب الموضوعي ، حيث يعتبر القانون الألماني مهد النظرية الموضوعية في القانون الوضعي ، و يترتب عن هذا المفهوم آثاراً قانونية تختلف عن تلك المترتبة عن المذهب الشخصي في مفهومه للإلتزام ، و هذا ما تعكسه الخطة المتبعة التي وردت في فصلين مستقلين خصص فيها كلّ فصل إلى كل مذهب من المذهبين ، لنستعرض بعد ذلك تطبيقات كلّ منهما في أعقاب كلّ من الفصلين في القانون المدني الجزائري، بصورة تسمح بإستجلاء و تبيان موقف هذا الأخير في هذا الشأن ، حيث إعتنق المذهب الشخصي كمبدأ في نظرته للإلتزام ، دون الإغفال عن بعض تطبيقات المذهب الموضوعي في نصوص قانونية متفرقة منه ، إستجابةً للمقتضيات الإقتصادية الحالية التي تتسم بسرعة المعاملات و إشتداد حركة الإنتاج ، كما أنّها توجد تخريجاً منطقيا لبعض الحالات الواقعية التي تفرضها تلك المعاملات و تترجمها في نظم قانونية معينة ، و التي يستعصي على المذهب الشخصي أن يحتويها بسبب نظرته الشخصية للإلتزام.

و إذا كان المشرع المدني الجزائري – على غرار أغلب التشريعات – قد إعتنق المذهب الشخصي كمبدأ ، و بالمذهب الموضوعي إستثناءاً ، فهذا يبين و يأكد بوضوح تكامل و إنسجام المذهبين ، فلا تثريب أن يكون صدر القانون رحباً ليشمل المفهومين معاً و يتضمن تطبيقات المذهبين كونهما يتحدان و يرتبطان في الموضوع ذاته ، فلا يعقل أن ينفصل عنصر الأشخاص أو

المحل عن الإلتزام بصورة تامة تجعل بالإمكان الإستغناء عن أحدهما في وجود علاقة الإلتزام ، فنجد مثلا القانون المدني الفرنسي بالرغم من أنّه قد أخذ بالمذهب الشخصي ، إلاّ أنّه أورد بعض تطبيقات المذهب الموضوعي فيما يتعلق على سبيل المثال بإنتقال الإلتزام في جانبه الإيجابي و هو ما يعرف بحوالة الحق ، و إن كان لم ينظم حوالة الدين لما يعقده من إهتمام بشخصية المدين إلاّ أن هناك جانبا من الفقه الحديث يرى بجواز ذلك إذ أن المشرع الفرنسي إذا كان لم ينص على حوالة الدين فإن ذلك لا يعني البتة عدم جواز حوالة الدين.

و بالمقابل فإن القانون المدني الألماني الذي يعتبر مهد النظرية الموضوعية في الإلتزام قد أخذ بالمذهب الشخصي في الإلتزام ، و كذا بتطبيقات المذهب الموضوعي الذي جاء إستجابة للمقتضيات الإقتصادية المعاصرة حتى يساير القانون التطورات الإقتصادية الحاصلة.

و تجدر الإشارة هنا أن الشريعة الإسلامية في نظرتها للإلتزام تغلب عنصر المحل ، و بذلك فهي تسبق المذهب الموضوعي في القانون الوضعي ، فنجدها على سبيل الذكر لا الحصر قد نظمت حوالة الدين تنظيماً دقيقاً و مفصلاً، كما أنها أقرت على قدرة الإرادة المنفردة لإنشائها الإلتزام ، و هي من أبرز التطبيقات للمذهب الموضوعي ، و لما كانت مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الثاني بعد التشريع من مصادر القانون المدني الجزائري حسب المادة الأولى منه ، فإنه من المستساغ القول بأن القانون المدني الجزائري يتوسع في الأخذ بالمذهب الموضوعي في الإلتزام و في حالة مد مستمر ، و لكن ليس على حساب جزر المذهب الشخصي ، و ذلك من خلال الإستهداء بفقه الشريعة الإسلامية - على إختلاف مذاهبه – و الذي عني بشرح مبادئ الشريعة الإسلامية و بيان مقاصدها ، و هذا ما يبين بجلاء مرونة القانون المدني الجزائري بما يسمح مسايرته للمستجدات الإقتصادية و ترجمتها من الناحية القانونية في شكل نظام قانونية.



الفصل الأول

<u>مفهوم الالتزام في المذهب الشخصي وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري</u>

إن موضـوع القانـون يتمثل في الحقوق التي ترتبط فـي وجـودهـا بأشخـاص القانـون سـواء أكانوا أشخاصا طبيعية أم معنويـــة، بمـا يفيـد أن هذا العنصر الأخير يعد المحور الأساسي الذي ترتبـط بـه الحقـوق، و لعل هذا مـا يفســر وجود المذهب الشخصي الذي يصطلح عليه كذلك نظرا لما يعقده أنصاره لعنصر الأشخاص من أهمية بالغـة فـي عالـــم القانـــون بوجـــه عـــام، و فـــي نظريـــة الالتزام بوجـــــه خـــــــاص.

و لمــا كـان موضوع بحثنا يتصل اتصالا وثيقا بمفهوم الالتزام الذي يجد تصورا معينا في ظل المذهب الشخصي الكلاسيكي، فإن الأمر يستدعي بيان ذلك ليتسنى لنا معرفة إلى أي مدى يعتد بالعنصر الشخصي في علاقة الالتزام، بصورة تسمح لنا فيما بعد بتبين موقف التقنين المدني الجزائري مـن هـــذا التصـــور الشخصـــي للالتزام.

المبحـــــــــــــث الأول
مفهـــوم الإلـــتزام فـــي المـــذهب الشخصــــي.

ـ إن تعـريف الإلتزام يتـوقف على المذهب الذي يؤخذ به في شأنه، و بما أن المذهـب الشخصي يشكـل أحد أقـطاب الرحى بهـذا الصـدد، حيـث يرتكـز علـى عنصر محدد فيه، فإننا سنعمد في مبحثنا هذا لأن نورد أهم التعاريف الفقهية التي وضعها أنصار المذهب الشخصي في تصورهم لعلاقة الالتزام مستندين في ذلك على أسس مختلفة، حيث ينعكس ذلـك فـي شكـل آثـار قانونيـة تترتــب عن ذلــك، و سنأتــي علــى بيانـها تباعـــا.

المطلـــب الأول

تعريـف الالتزام في المذهب الشخصـــــي.

يعرف الالتزام في المذهب الشخصي انه علاقـة أو رابطـة قانونية تربط بين شخصين أحدهما يسمــى الدائــن و الآخـر مدنيـــا، ويكـــون هـــذا الأخيـــر موضـــع اعتبار و اهتمام، فهـي رابطـــة ملتصقـة بـــه لا تنفــك عـــن شخصـــه و تعطـــى للدائـــن سلطـــــــة عليـــــــــــــه(1).

و كانـــت هـــذه السلطـــة أول الأمـــر تقـــع علــى جسم المديـن و تبلـغ حـد الاسترقاق الكامـــل، و بالتالـــي حـــق التصــرف في جســم المدين ، و هــي فـي هــذه الصـــورة أشبه بالحـق العينــي فـــي هــذا الجانــب و لـم ينتقـل حـق الدائـن على جسم مدينه إلى مالـه إلا بعـد تطـور طويـل ، كمــا سيأتي بيانــه عنـد استعراض الأساس التاريخي لهذا المذهب لاحقا .

و بمقتضى هـذه الرابطـة أو العلاقـة القانونيـة يكـون محـل التزام المديـن الملتـزم شخصيـا إمــا منــح شـــيء أو القيــام بعمــل أو ألامتناع عن القيام بعمل معين، ذو طبيعة مالية.(2)

و يعتبـر الفقيـه و العلامــة الألمـــانـي< سافيني > [SAVIGNY] ـ مؤسس المدرسـة التاريخيـة ـ من أشهـر الفقهـاء الذيـن قالــوا بالمذهـب الشخصـــي و نـــادوا بـــه فـي ألمانيا ، فقـد كــان يـرى بـأن الالتزام رابطـة شخصيـة تخضع المديـن للدائـن

و هـــي صـــورة مصغـــرة مـــن الـــرق ، فالسلطـــة "HERRSCHAFT" التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية مـن يخضــع لهــذه السلطـــة، و هـــذا هـــو الـــرق الكامــل و الملكيـة التامــــة.

1- د : علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ـ ابن عكنون

الجزائر .الطبعة الثالثة 1992 [ص : 9]

2. د: السيد محمد السيد عمران: الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون ـ نظرية الالتزام ـ مطبعة الإسكندرية مصر الطبعة الأولى

1998 - 1999 ص 137

و قـد لا تتنـاول السلطـة إلا بعـض هـذه الحريـة،و لا يمتـد إلا إلـى جـزء مـن نشـاط المديـن ، فيترتـب عـن ذلـك حـق للدائـن قريب من حق الملكية و لكنه ليـس إياها ، فهـو حـق خـاص بعمـل معين من أعمال المدين وهذا ما نسميه بالالتزام.

فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر ، و تكون الملكية و الإ لـتزام في نـظر [سافيني] شيئـين من طبيعـة واحدة ، و لا يختلفان إلا فـي الدرجـة، ففي الأولى يكـون الخضـوع كليا ، و هو جـزئي في الالتزام و لكنـه موجـود فـي الحالين [1] .

و إلـى هـذا المذهـب يرجـع الاتجاه الخـاص بتقـريب الحـق العينـي مـن الحق الشخصـي باعتبار الحـق العينـي رابطـة بيـن صاحبـه وسائـر الناس. [2]

أمـا - بلانيـول - [PLANIOL] - و هـو مـن أنصار المذهب الشخصي فقـد عـرف الالتزام بأنه: " علاقـة قانونيـة بـين شخصيـن بمقتضـاها يكون أحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الأخر و هو المدين" .

و ما يلاحظ على هذا التعريف الأخير أن الالتزام لم يعد يمنح سلطة للدائن تخضع المدين إليه. [3]

و تجدر الإشارة بأن أنصار المذهب الشخصي يرون بأن العنصر الجوهري في الالتزام كونه رابطة شخصية بين الدائن و المدين، و لا يتصور في نظر هؤلاء أن ينشأ الالتزام إلا بوجود شخصين أحدهما دائن و الآخر مدين، كما لا يتصور أن يتغير أحد أشخاص هذه الرابطة دون أن يؤدي ذلك إلى انقضاء التزام و نشوء التزام جديد . [4]

---

(1) د: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني [نظرية الالتزام بوجه عام] مصـادر الالتزام - المجلد الأول
- دار النهضة العربية - الطبعة الثالثة 1981 ص: 138 - 139

(2) د: سليمان مرقش : الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات - المجلد الأول : نظرية العقد و الإرادة المنفردة -
دار الكتاب الحديث - ص 27 .

(3) د : خليل احمد حسن قدادة :الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام - الجزء الأول - ديوان المطبوعات
الجامعية - 1994 - ص 87.
و قد عرف بلانيول - الإلتزام على أنه :
L'obligation est un lien de droit par lequel une personne est tenue a une prestation envers une autre

(4) د: عبد الودود يحيى : الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر ، الأحكام ، الإثبات، القسم الأول دار النهضة العربية ، مصر 1994 – ص : 9.

- د : منذر الفضل : النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول : مصادر الالتزام ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الاردن ، 1996 ، ص 6

أما الفقيهان كـولين وكابـتان فقـد عـرفـا الالـتزام بـأنــه "رابطـة قانونية بمقتضاهـا يتمكـن الدائـن مـن إكـراه المديـن على أن يؤدي إليه مبلغـا مـن المال ، أو يسلمه شيئا أو القيـام بعمل أو الامتناع عـن عمـل معيـن"(1)

و مــن خلال هذه التعاريف الفقهية للإ لتزام في ظل المذهب الشخصي الذي يــرى فــي أن الالتزام أو الحق الشخصي رابطة قانونية بين شخصين، تخوّل أحدهما و هــو الدائن أن يجـبر الأخـر، و هـــو المدين على القيـام بعمـل أو الامتـناع عن العمـــل (2) ،فـا نه يتـبيــّن أن الالتزام من ناحية رابطة بين طرفين أحدهما الدائن ، و الأخر المدين . حيث تمثل حقا في ذمة الدائن ، و التزاما في ذمـة المدين (3) ، و في هذا تختلف الحقوق الشخصية عن الحقــــــوق العينية التي تتمثل في سلطة مباشرة لشخص على شيء معين

و يتفرع علــــى ذلــــك :

أولا : أن صاحب الحق الشخصي لا يستطيع - علــى العكس من صاحب الحق العيني - أن يقتضيه إلا بوساطة شخص آخر هو - في الأصل - المدين ، بل أن شخصية المدين ذات اعتبار بالغ الأهمية بالنسبة للدائن ، حتى انه لا يجزئ لهذا الأخير سوى أن يقوم المدين بالوفاء بنفسه ، و عندئذ فإنه يحق للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

و القــول أنه في الأصـل، لأن الوفاء قد يقع من جانب الغير، حين يلتزم الدائن بقبول هذا الوفاء إذا كانت للغير مصلحة فيه كالوفاء من جانب (الكفيل)، و حين يكون له - في الحالة العكسية - أن يقبل هذا الوفاء أو يرفضه (4) ، مادام أن الدائن ما كان ليلتزم لولا شخصية المدين التي اطمأن لها الدائن و كانت محل اعتبار بالنسبة له أو بالأحرى السبب الوحيد و المباشر في إنشاء علاقة الالتزام .

---

(1) د: زهــدي يكــن: شرح قانون الموجبات و العقود - المجلد الأول - [منشأة دار المعارف] مصر الطبعة الثانية ص - 59 -

و قد عرف جوسران الالتزام على انه :

"L'obligation, Ou droit Personnel, est un rapport juridique qui assigne, a une Où plusieurs personnes la poasition de débiteurs vis-à-vis d'une ou plusieurs autres qui jouent le rôle de créanciers envers les quelles sont tenus á une prestation positive (obligation de donner où de faire) où nègative (obligation de ne pas faire) enirsogé du côtéé du créancier, l'obligation est une créance considèrée du côtéé du débiteur elle est une dette)

(2) د : محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، مصادر التزام ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الاولى : 1992 – 1993 ، ص : 11.

(3) د: مصطفى الجمال : مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، مصر ، 1999، ص : 10.

- د : عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، الحزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1998 ، ص :2

(4) د : محمد شكري سرور : النظرية العامة للحق ، دار الفكر العربي ، الطبعة الاولى ، ص 24 : .

ثانيـا: أن الحق الشخصي، و هو يترتب للدائن في ذمة مدين معين يوصف بأنه حق نسبي حيث لا يلتزم به سوى هذا المدين، حين توصف الحقوق العينية بأنها مطلقة و تنتج آثارها في مواجهة الكافة، ويمكن الاحتجاج بها عليهم.[1]

و الأصل في هذه الرابطة أن تكون بين دائـن واحد و مدين واحد، و لكن ليس ثمة ما يمنع من تعدد أطراف هذه الرابطـة، سـواء في جانبـها الإيجابـي (جانب الدائن) أو فـي جانبـها السلبـــــــي (جانب المدين)، و يظـــل الأصـــــل ـ حتـــى في هذه الحالة ـ أن ينقسم الدين أو الحق، فلا يلتـزم كـــل مديـــن إلا بقـــدر حصتـــه، و لا يحـــق لكـــل دائـــــن أن يستوفي إلا قدر حصته، و لكن قد يتضامن أطراف هذه الرابطة القانونية في جانبها الإيجابي فيكون من حق أي دائن أن يستوفي الدين كله نيابة عن باقي الدائنين، أو في جانبها السلبي فيكون من حق الدائن أن يطالب أي مدين بالدين كله ، فإذا وفاه المدين برئت ذمته و ذمم باقي المدنيين في مواجهة الدائن ، ليكون للموّفى: أن يرجع بعد ذلك على بقية المدنيين كـــــــل بنسبة نصيبه في الدين ، فالتضامن - بهذا الشكل ـ هو وصف في الالتزام ، يجعل من حق أي مـــن الدائنين المتعددين أن يستوفي الدين كله نيابة عن زملائه ، حين يقال عندئذ أن هناك تضامنا إيجابيا أو تضامنا بين الدائنين ، أو يجعل من حق الدائن أن يرجع على أي من المدينين المتعددين بكل الدين ، حين يقال عندئذ ، أن هناك تضامنا سلبيا أو تضامنا بين المدينين.

غير أنه لما كان التضامن ـ على هذا النحو ـ قد ورد على خلاف الأصل ، فإنه لا يفترض، بمعنى انه لا يثبت إلا بمقتضى الاتفاق صريحا كان أو ضمنيا متى كان هذا الأخير قاطـع الدلالة في معناه ، أو بنص قانوني، ذلك أن الخروج عن المبدأ العام المقرر قانونا،لا يتقرر إلا بوجود نص خاص صريح يفترض التضامن، أو يجيز للأطراف الاتفاق على التضامن كونه يتعلق بالمصلحة الشخصية و لا يرتبط بالنظام العام .[2]

---

1. د : محمـــد شكـري ســرور : المرجع السابق ، ص 24 .
2. د : محمد شكري ســرور : نفس المرجع ، ص : 65 – 66 .

كذلك فإن الأصل في هذه الرابطة القانونية أن تكون محققة في وجودها و مرتبة لالتزامات حالّة، و لكن ليس ثمة ما يمنع أن يدخل وصف على هذه الرابطة ذاتها ، فيجعلها أما غير محققة في وجودها أو في بقاءها، لأنـــه يربط هذا الوجود أو هذا البقاء بتحقق واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع ، حين يقال أن الالتزام في هذه الحالة معلق على شرط، فإذا كان الشرط يعلق الوجود سمـــــــي شرط واقفا، أو يرجئ بداية تنفيذها أو يؤقت هذا التنفيذ لأنه يربط هذا وذاك بتحقق واقعـــة مستقبلة محققة الوقوع ، إذ حينها يقال أن الالتزام مضاف لأجل، فإذا كان الأجل يرجئ بداية التنفيذ فانه يسمى أجلا واقفا ،أما إذا كان يؤقت هذا التنفيذ فإنه يسمى أجلا فاسخـــا [1].

ورابطة الالتزام محلها عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به المدين في مواجهـــــــة الدائن، كالتزام الطبيب بإجراء عملية لمريض، و التزام بائع المحل التجاري بعدم إنشاء محـــــل مماثل في المنطقة التي يوجد بها المحل المباع.

علـــى انـه يضـاف إلـى محل هـــذه الرابطـة نوعـا ثالـثا هـــو الالتزام بمنح أو إعطـاء شـــــيء أي نقـــل أو إنشـــاء حـق عينـي علـى عقـار أو منقـول و مثالـــه التزام البائـع بنقـل ملكيـة المـــــبيـــع، غيـــر أن الالتزام بإعطـــاء شـــيء هــو فـــي حقيقتـــه التزام بعمـــل،و إنمـــا يصـدق هـــذا إذا كـان محـل الالتزام عقـــارا أو منقـولا معينـــا بنوعـــــه ذلـك أن نقـل الحـــق العينـــي أو إنشائـــه في هذيـن الفرضـين يقتضـــي حقيقـــة القيـام بعمـل يتـــمثل فـــي إجـراءات الشهــــر فـــي الحــــالـــة الأولـــى، و إفـــــراز المنقـــول فـــي الحالـة الثـــــانيـــة، أما إذا كـــان محـــــل الالـــتزام منقـــولا معينـــا بالـــــــذات فإن هـــذا القـــول لا يســـــتقيـم و يكـــون قـــد جانــب الصـــواب، إذ يـــــنشـــأ الحــق العينـــي علـــى المنـــــقــــــول أو ينـــتقـل فـــي لحظـــة نشـــــوء الالـــــتزام، فلا تظهــر فــــكـرة العمـل مــن جانـــــب المديـــن. و تـــــــجـدر الإشـــــارة هنـــا أن محـــل الالتـــــزام يستوجــب معـــــه أن يكـــون قابـــل للتقـــديـر المــادي[2].

(1) د : محمد شكري سرور : المرجع السابق ص 67

(2) د: علـــي فيــلالـــي: دروس في الالتزامات ، نظرية العقد لطلبة السنة الثانية حقوق ، السنة الجامعية 94-95 ، مطبوعة معهد الحقوق و العلوم الادارية ، جامعة الجزائر ، ص : 4

و تعيـــين الطـــرف الدائـــن و المديـــن في هـــذه العلاقة ابتداء [1].

و يتفرّع على أن الحق الشخصي يرد على عمل أو امتناع عن عمل، و لـيس علـى شـيء كمـا هـو الحـال فـــي الحـق العينـــي ما يلي:

1) ـ أنـه لا يتصـور أن يخـول هـذا الحـق صاحبـه ما يخـوله الحـق العينـــي مـن مزيـة التتبـع، لأنه لا يـرد علـى شـيء مـادي كالحـق العينـــي ممـا يمكـن تتبعـــه.

2) ـ أنـه لا يخـول صاحبـه مزيـة الأفضليـة أو الأوليـة و لـو كـان تاريخ نشـأة الحـق اسبـق مـن تواريـخ نشـوء حقـوق الدائنـين الآخرين، لأن هـذا الحـق ـ علـى العكـس مـن الحقـوق العينيـة التبعيـة ـ لا يرتكز على مـال معيـن للمديـن يخولـه الاستئثار ممـا يكفلـه هـذا المـال مـن ضمـان ، لذلـك فإذا تعـدد الدائنـون بحـق شخصـي كانوا متساوين فيها بينهم في استيفاء حقوقهم من أموال المدين ، حتى إذا ما كان هذا الأخير معسرا ، اقتسموها فيما بينهـم قسمـة غرمـاء كـل بنسبـة نصيبـه ، أما صـاحب الحق العيني التبعي ، فان له ضمان خاص على مال معين من أموال المدين ، إلى جانب ماله ـ مع الدائنين الآخرين ـ من حق الضمان العام، الأمـر الذي يجعـل لـه أن يستوفي حقه من ثمـن هـذا المـال المخصص لضمانه الخـاص بالأولويـة علـى غيـره مـن الدائنيـن[2] .

و تجـدر الإشـارة أن الحـق الشخصـي هـو استئثـار غير مباشر بأداء مالي معين و كون هذا الاسـتئثار غير مباشـر ، فإن صاحبه لا يستـطيع أن يقوم به إلا عن طريق تدخل شخـص آخر و هو المـدين الذي يرتبـط معه و يكـون له أن يطـلب من هذا الأخير تنفيذ هذا الأداء [3].

---

1. د : عبد المنعم فرج الصدة : نظرية العقد في قوانين الدول العربية ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت لبنان ، 1974 ، ص : 16-17.
2. د: محمد شكري سرور : المرجع السابق ، ص : 67
3. د : احمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، دار المعارف ـ الاسكندرية ، مصر ، الطبعة الاولى ، 1975 ، ص : 7.

والأصـل فـــي هـــذه الرابطــة القانونيـــة أن يكـــون موضوعـــا واحـــدا محـــــددا غيـــر أنـــه ليـس ثمـــة ما يمنــع أن يتعــدد هـذا المحـل، إمـا منـذ بدايـــة نشـــأة هـــــذه الرابطــة حينهـا يسمـى بالالتزام التخييري ، أو عنـد التنفيـذ و عنـدئـذ يصطلـــح عليـــه بالالتزام البدلي ، على أن هـذه الرابطـــة موقوتـــة، و ذلــك إلـى ما يمثله الالتـــزام مـن قيـد يثقل كاهـل المدين، بمـــا يسـتوجــب أن يكـــون مصيـــره الحتمي إلى الـزوال لأن مـــن شـــأن بقائه فـي ذمـة المديـن طيلـة حياتـه أن يعتبـــر مـــن قبـــيل المصـادرة لحريتـه الشخصيـة، فـلا يعقـل أن يبقـى الشخـــص ملتزمـا طـوال حياتـــــه.[1]

و إذا كان حق الشخصي لا يخول لصاحبه – أي الدائن – مزية التتبع، و كذا الأفضلية و الأولوية ، إنما تكون أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بالدين ، على خلاف الحق العيني الذي يكون له ضمان خاص في ذمة المدين ، فإن هناك من حاول تقريب الحق العيني من الحق الشخصي، و هذا من اجل إسقاط النظم القانونية للحق العيني على الحق الشخصي من حيث التصرف فيه [2].

المطلـــب الثـانــــــي

أســـــاس المذهـــب الشخصـــــــــي

يستند المذهـــب الشخصـــي في تصوره لعلاقة الالتزام إلى مفاهيم القانون الروماني بالإضافة إلى قناعات إيديولوجية و فلسفية مختلفة تنضوي تحت مبـدأ سلطــان الإدارة [3] و إلـى بيـان هـذه العناصـر في النقـاط التاليــة :

---

(1) د: محمد شكري سرور: المرجع السابق ص: 68

(2) د: سليمان مرقص : المرجع السابق ، ص : 28 و ما يليها.

(3) د: حميد بن شنيتي : سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر، 1996 ، ص: 4.

الفرع الأول : الأساس التاريخي

يرجـــع أصــل المذهـــب الشخصــــي في الالتزام إلــى القانــون الرومـــاني الــذي يعتبــــــر المـــورد الــذي أخـذت عنـــه معظـــم قوانيــن الدول الحديثة، ســواءا تلـك التي أخـذت عــن القانــــون الفرنســي ، أم غيـره مــن القوانيــن الأخــرى.

ففـــي فرنسا انتقلت أحكــام القــانون الرومــــاني إلــى المجموعـة المدنيـــة الفرنسيــة عن طريـــق مــــــاكتبـــه الفقيــه الفرنســي (بوتيــــه) "POTHIER " ، و منــذ أن صــــدرت تلــك المجموعة سنة 1804 ، أخـذت كثير من الدول عنها ، بل أن من بين هذه الدول ما نقلها كاملا ، و بذلك كان القانون الفرنسي دور الوسيط بين القانون الرومــــاني
و قوانين الدول الحديثة [1] ، واعتبر القانون الروماني بذلك مصدرا تاريخيــا لتلــك القــوانيــــــــــن حيث أشتــمل عــلى كثيــر من النظـم القــانونية التي تعد دراستها لازمة لكل من يدرس العلوم القانونية، هذا فضلا عن تفوق الرومان في دقة المصطلحات القــانونية التي لا تزال حتى الـــيوم مقتضا لازما للتوفيق في دراسة العلوم القانونيـــة بوجه عام، رغم انه كان قانونا شكليا [2] .

و كان مما ليس منه بد ولفهم هذه المصطلحات و تلك الأنظمة من الرجوع إلى أصولها الأولى ، و بالإضافة إلى ذلك أيضا ، فإن الرومان قد عنوا باستخلاص المبـــادئ القانونية و صياغة النظريات صياغة فائقة و بصفة عامة أسهموا بنصيب واضح في إرساء علم القانون ، حيث يظهر من هنا دور و فضل القانون الروماني في مجال القانون بوجه عام و في التزامات بوجه خاص ، التي عرفت مذلولا معينا في ظله اتباعا للتصورات و الأفكار التي كانت سائدة آنذاك و هذا ما يجعلنا نتطرق إلى هذا الجانب فيما يتعلق بموضوع دراستنا مــن حيـــث تعريف الالتزام (أولا) ، وبيان أركانه (ثانيا).

1- د: توفيق حسن فرج : القانون الروماني ، الدار الجامعية ، بيروت لبنان، 1985 ، ص 4-5.
2- د. ابراهيم أبو النجا : محاضرة في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون الجزائر ، 1982 ، ص : 55.

أولا : تعريف الالتزام في القانون الروماني

يمكن تعريف الالتزام في القانون الروماني بأنه رابطة قانونية، تقوم بين شخصين بمقتضاها يستطيع أحدهما ، ويسمى الدائن ، أن يجبر الأخر ، و يسمى ـ المدين على نقل شيء مـــا ،أو على القيام بعمل أو الامتناع عن عمـــل [1].

وقد نقل بوتييه (pothier) عن الرومان تعريفهم للإلتزام بأنه :" رابطة تجبرنا نحو شخص أخر على أن نعطي شيئا أو نقوم بعمل أو نمتنع عن عمل" [2].

ثانيا : أركان الالتزام في القانون الروماني

يجب أن تتوفر في الالتزام أركان ثلاثـة فـلا بد مـن وجـود أشخـاص و موضوع، بالإضافة الى وجـــود جـــزاء.

1- الأشخـــــــــــــاص: (LES SUJETS): ينشئ الالتزام رابطة بين الأشخاص فالإلتزام كما يعرفه الرومان رابطة قانونية أو علاقة قانونية بين شخصين ، وهو بهذا يختلف عن الحق العيني الذي هو سلطة يعطيها القانون لشخص على شيء معين.

و الرابطة تقوم بين شخصين معينين ، فلا بد من تعيينهما ، إذا لا ينشأ الإلتزام إلا بين شخصين معينين ن وكون الألتزام رابطة شخصية على هذا النحو هو ما يميز فكرة الألتزام في القانون الروماني ، و القوانين التي أخذت عنه.

و يسمـى أحـد أطـراف الرابطـة الدائـن [CREDITOR] و يسمى الأخر المدين [DEBITOR] [3].

و قـد تتعـــدد أطـــراف الالتزام، فيتعـدد الدائنـون كمـا قـد يتعـددالمدينـــون.

1- عبد المجيد محمد الحفناوي و د : عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم الإجتماعية و القانونية و القانون الروماني،دار الجامعية بيروت، لبنان 1991 ص :171.

- د: عكاشة محمد عبد العال: تطور فكرة الإلتزام في القانون الروماني، الدار الجامعية بيروت،لبنان 1988 ص:174 و مايليها.

2- د: عبد القادر الفار :أحكام الإلتزام،أثار الحق في القانون المدني مكتية دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة الثانية ، 1999 ص:13.

3ـ د : توفيـق حســن فـرج : القانــون الرومـانـــي الدار الجامعية لبنان 1985 مــن ص 6 إلــــى 8

2- المــوضـــوع أو المحـــل (OBJET) موضوع الإ التزام أو محله هو ما يلتزم المدين بأدائه ، و يتنوع ما يلـزم به المدين بحسب الأحــوال ، فقد يكون إلتزام المدين إلتزاما بعمل كدفع مبلغ من النقود،أوبنقل حيازة،أوبنقل الملكية ، كما قد يلتزم المدين بالإمتناع عن عمل، كاإلتزام الجار بعدم المرور في أرض جاره ، أو الامتناع عن كل تدليس (DOL).

فالنوع الأول من الإلتزام هو إلتزام إيجابي أما النوع الثاني فهو إلتزام سلبي.

و مـن هذا يتضح أن المحل المباشر للإلتزام ، أي ما يكون للدائن حق عليه، هو بالذات فعل المدين(عمل أو إمتناع عن عمل) و بهذا يتميز الإلتزام أو الحق الشخصي عن الحق العيني حيث يكون لصاحب الحق ممارسة حقه على الشيء مباشرة ،فيكون لصاحب الحق العيني أن يستفيد مباشرة من الشيء ، ويحصل منه على المزايا التي يخولها له الحق، دون وساطة أي شخص آخر، و يراعى أن محل إلتزام المدين أو الأداء الذي يلتزم بـــه المدين أن يكـــــــون:

أ- ممكنـــا و مشـــروعــا ، يمكــن تقويمــه بالنقــــــــود .

ب--يجـب كذلـك أن يكـون للدائـن مصلحة في إتمامــــه.

ج- و أخيـرا يجـب أن يكـون أمـــر ا يقـوم بــه المديـــن نفســـــــــه.

أ: شرط الإمكـان و المشروعيــة و إمكان التقويم بالنقـــود:

يجـب أن يكــون موضـوع الإلتــزام ممكنـــا مــن الناحيــة الماديــة فالإلتــزام بمستحيــــل [**impossiblium nulla** obligato est] كــالإلتـــزام بتسليـم شـــيء لـم يوجـد قـط أو وجـد لكنـــه هلــك قبـل الإتفــاق ، فــإذا كــان الشيء سيــوجد فـي المستقبل لا يعتبر مستحيــلا لأنه ممكــن الوجــود، و هـــذا هــو الحكـم بالنسبـــة لحالــة الإلتـــــزام بتسليـم شـــيء مملــوك للغيــــــــر.

كما يلزم أن يكون الموضوع ممكنا من الناحية القانونية، فلا يصح ان يرد الإلتزام على شيء خارج عن دائرة التعامل، كالأشياء المقدسة، أو الدينية، أو الأشياء العــامــــــــــة[1].

و يلـــزم فضلا عن ذلك، أن يكون موضوع الإلتزام مشروعا، فلا يصح الإلتزام إذا كان

1- د / توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص : 7.

العمل المتفق عليه غير مشروع، كالاتفاق على ارتكاب جريمة ، أو على القيام بأمر مخالف للآداب أو النظام العام ، و يلزم كذلك أن يكون موضوع الإلتزام قابلا للتقويم بالنقود ، ولهذا فإن وجود رابطة إلتزام بين شخصين من شأنه أن يغير في تكوين الذمة المالية لكل منهما إذ أنه يترتب على قيام هذا الإلتزام أن يصير عنصرا إيجابيا يضاف إلى ذمة الدائن ، فيزيد في الجانب الإيجابي من هـذه الذمــة ، و فــي الوقت ذاتــه يعتبـر عنصــرا سلبيــا ينقص مــن ذمــة المديــن ، أي يزيــــــــــد مــن الجانــب السلبــي فيهـــا[1] .

و بذلــك يمكــن معرفــة مـــاهـــي القيمـــة الماليـــة التي يلتزم المدين بأدائها ، إذا لم يقم بتنفيذ إلتزامـــه مباشرة، ذلك أنه إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه كان للدائن في القانون القديم أن يضع يده عليه و يحبسه ، ثم تطور الأمر فأصبح للمدين أن يقدم للدائن ـ عند عدم تنفيذ التزامه ـ ما يرضيه من الناحية المالية ، و يتلافى بذلك الإكراه البدني ، و كان من الطبيعي أن يقدر المبلغ الذي يدفعه المدين في هذه الحالة بقدر ما كان للدائن من مصلحة في تنفيذ ما إلتزم به المدين بأدائه ، و لهذا أصبح من الضروري أن يكون موضوع إلتزام المدين قابلا للتقويم بالنقود ، و تجدر الإشارة هنـــــا أن هـذا التطور المتعلق بمدى سلطة الدائن على شخص مدينه قبل أن تصبح قانونية فكان أشبـــــه بالحـــق العينـــــــــي.

و قد نشأ بهذه الصورة في القديم في الجرائم، أولا فكان للمعتدى عليه في حالة قبضه على الجاني أن ينتقم لنفسه، فله أن يقتله و له حبسه و استرقاقه، ثم نشأ هذا الأثر في غير الجرائم في بعض العقود كعقد القرض المسمى [nexum] ، إذ كان للدائن في حالة عدم الوفاء أن يقبض على مدينه ، و يسجنه في سجنه الخاص بعد قيده في السلاسل ، فإذا لم يف بالدين في بحر مدة معلومة، فله أن يتصرف فيه إما بقتله أو بتقطيع جسمه ، و توزيعه إذا تعدد الدائنون أو يبيعه خارج روما كرقيق ، و كان يترتب هذا الأثر أيضا في حالة عدم وفاء المحكوم عليه بالدين "JUDICATUS"، و في حالة اعتراف المدين بدينه في مجلس القضاء

"CONFESSUS " فللدائن في هاتين الحالتين القبض على مدينه و حبسه، و التنفيذ على شخصه، فالعلاقة بين الدائن و المدين كانت مادية منصبة على جسم المدين لا على أمواله.

1- د:عكاشة محمد عبد العال : المرجع السابق ، ص : 175 .

ثـم بتطور الزمان، نشـأت التعهدات التعاقدية فحرم على الدائن قتل مدينه، وحرم عليه أيضا حبسه و استرقاقه إلى الأبد، بل صار يتحرر المدين إذا عوض دائنه عن قيمة دينه، سواء أكان ذلك بالتنازل عن أمواله لدائنه أم بالتنازل عن ثمرات عمله.

و في القرن الرابع للميـــلاد " 388 مـيـلاديـــة " ألغيـت السجون الخاصة و صار التنفيذ على أموال المدين و صار الموجب (الإلتزام) علاقة قانونية بعد أن كان قيدا ماديا يشبه الحق العيني، فيلتزم المدين بذمته و ضميره لا علـــى جسده و حريتـــه (1).

ب : يجب أن يكون للدائن مصلحة في قيام المدين بما إلتزم به :

يلزم أن يكون للدائن مصلحة في أداء المدين لإلتزامه، وإلا لا يتصور أن يكون في استطاعته إكراه المدين على القيام بما إلتزم به، وعلى ذلك، إذا تبين أن ما يلتزم به المدين في مصلحة الغير فقط، كان الإلتزام باطلا في مواجهة هذا الغير الذي ظل بعيدا عن العقد و الذي يكون له أن يطالب المدين به.

إلا انه وجدت استثناءات للحكم السابق أجيز فيها الاشتراط لمصلحة الغير الذي لم يكن طرفا في العقد، و ذلك متى كانت للمشترط مصلحة في تنفيذ التعهد بشرط أن تكون هذه للمصلحة قابلة للتقويم بالنقود كذلك.

و في هذه الحالات الاستثنائية التي أجيز فيها الاشتراط لمصلحة الغير، أعطي فيها للمشترط دعوى لإجبار المتعهد على التنفيذ، كما أعطي في بعض الحالات الأخرى للغير ، أي الذي تم الاشتراط لمصلحته (المتنفع من الإشتراط) الحق في مطالبة المتعهد (المديـن) بتنفيذ ما إلتزم بـــــه.

جـ : يلــزم أن يكون موضوع الإلتزام أمرا يقوم به المدين نفسه لا غيره ، فلا يقوم الالتزام في حالة ما إذا تعهد المدين بعمل يقوم به غيره ، ذلك أن الغير غير ملتزم ، و لا يمكن إجباره على التنفيذ نظرا لأنه ظل أجنبيا عن العقد، كما أن المتعهد نفسه ، و هو الطرف الأخر في العقد لا يلتزم لأنه لم يلتزم شخصيا في العقد[2].

---

1 - د : زهــدي يكـــــــــــن : المرجع السابق ص 65 ، 66

2- راجع حول مبدء سلطان الإرادة ، د: صوفي ابو طالب ابحاث في ميدان سلطان الإرادة في القانون الروماني طبعة 1964 ، ص 5 و ما بعدها .

لكن إذا تبين أن الشخص عندما تعهد بعمل يقوم به غيره قد قصد أن يلزم نفسه، في حالة عدم نجاحه على حمل الغير على القيام بالعمل المطلوب فإن التزام المتعهد في هذه الحالة يكون صحيحا.

و هكذا فيلاحظ أن القانون الروماني ، و بعدما ان كان لا يعتد بهذه الحالات الإستثنائية

و تحت وطأة الحاجة للإعتراف ببعض الحالآت الواقعية التي تحقق مصالح معينة ، أصبح القانون الروماني يجيز استثناء الاشتراط لمصلحة الغير و التعهد عن الغير[1].

3 : الجـــــــــزاء

رأينا أن الإلتزام رابطة قانونية بين شخصين، في هذه الرابطة يكون للدائن أن يجبر المدين على أداء ما ألتزم به، إذا لم يقم المدين بالوفاء به من تلقاء نفسه.

فلكي يكون للإلتزام فعاليته، يتعين أن يخول الدائن القدرة على تهديد المدين حتى يفي هذا الأخيـربما إلتزم به ، و إلا كان إلتزامه عديم الجدوى ،ويكون ذلك عن طريق إعطاء الدائن دعوى لكي يلجأ إلى العدالة مطالبا بحقه أي مطالبا المدين بما إلتزم به ، و الدعوى التي تعطى للدائن في هذه الحالة تسمى دعوى شخصية [in personam] ، وذلك بالمقابلة الى الدعوى التي تعطى لصاحب الحق العيني لحماية حقه و تسمى دعوى عينية [in rem] .

فالإلتزام الحقيقي في نظر الرومان وهو ما يطلق عليه [oligato] هو ماكان مزودا بدعـــــــوى" actio " و لهذا فإنه لا يوجد لديهم دائن [creditor] أو مدين [debitor] إلا هؤلاء الذين يكون لهم حق في إقامة الدعوى[2].

فما يلتزم به المدين إنما هو واجب قانوني يتولد معه حق الدائن، وهذا الحق تحميه دعوى شخصيـــة، و الدعاوى التي تحمي الحق الشخصي تختلف بحسب ما إذا كان هذا الحق ناشئا عن عمل مشروع [acte licite]، أو ما إذا كان هذا الحق ناشئا عن عمل غير مشروع [acte illicite]، ففي الحالة الأولى تتجه الدعوى إلى تعويض الدائن أو صاحب الحق، أما في الحالة الثانية ، فإن الدعوى تكون في الأصل دعوى جنائية ، و تتجه إلى معاقبة المدين ،

1- د: سمير عبد السيد تناغو ، د: محمد حسن منصور : القانون و الإلتزام دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 1997 ص : 292 .

-2 - د : توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص 10.

ولهذا يقسم "جايوس " الالتزامات بحسب مصدرها إلى إلتزامات متولدة عن الأعمال القانونية ، و أخرى متولدة عـن الأعمـال غيرالمشروعـــة .

و إذا كان الإلتزام الحقيقي في نظر الرومان ـ كما سلف الذكر ـ هو ما كان مزودا بدعوى "actio"بحسب ما إذا كان موضوعها حماية حق عيني أو شخصي ، فإنه جدير بالإشارة هنا أن التفرقـــة بين الحق الشخصي و الحق العيني لم تكن واضحة المعالم في القانون الروماني فقد كانت الحقوق تتخذ مظهرا ماديا بصرف النظر عن كونها مقررة على الأشياء كحق الملكية ، أو حق الشرب مثـلا أو أنها مقررة في مواجهة الأشخاص ، كعلاقة المقرض بالمقترض[1] .

و كان يترتب على رابطة الإلتزام هذه ، أن يسلم المدين نفسه لدائنه ، إذا عجز عن سداد الدين ، ولم تظهر فكرة الإلتزام الشخصي إلا في عهد الأمبراطورية و بظهورها بدأت التفرقة بين طائفتين من الحقوق:

ـ إحداهمـــا الحقوق المقررة على الأشياء، والأخرى الحقوق المقررة في ذمة الشخص.بيد أن معالم هذه التفرقة لم تتحدد تماما في ظل القانون الروماني، بل ظل الرومان يخلطون بين هذه الحقوق المتعارضة بالخلط بين الدعاوى المختلفة المقررة لحمايتها. فالبر غم من أنهم عرفوا التفرقة بين الدعاوى العينة و الدعاوى الشخصية، فإنهم كانوا يفرغون بعض الدعاوى الشخصية في نفس الصيغة المقررة للدعاوى العينية، و ذلك كالدعوى الناشئة بسبب القرض أو بالعكس، كانوا يوجهون بعض الدعاوى العينية بصيغة الدعاوى الشخصية.

ـ وبذلك ظلت التفرقة بين الحقوق الشخصية و الحقوق العينية غير محددة في القانون الروماني، ولم يتحدد معالمها إلا في القانون الفرنسي القديم نقلا عن بعض الدساتير الكنسية الصادرة في القرن الثالث عشر ، و لم تعرض هذه النظرية بجلاء ووضوح ، إلا في نهاية عهد القانون الفرنسي القديـــم فيما خلفه فقهاء هذا القانون من مؤلفـــــات [2] .

د: توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص : 14 .

1- موسوعةالفقه و القضاء : الدار العربية للموسوعات بيروت لبنان 1985 الجزء الثالث و الربعون ص : 5-6 .

- د : توفيق حسن فرج : المرجع السابق ، ص : 16 .

<u>الفرع الثاني : الأساس الإيديولوجي</u>

إن المذهب الشخصي في تصوره لعلاقة الالتزام باعتداده بعنصر الأشخاص وبخاصة الشخص المدين، فإنه بذلك يحصر مصدر الإلتزام الإرادي في العقد، حيث عرف هذا الأخير عصره الذهبي في ظل المذهب الفردي.

ففي ظل هذا المذهب إستقر مبدأ سلطان الإرادة ، و أصبح ثابتا، و أرسى قواعده بفضل ذيوع أفكار فلسفية و أفكار إقتصادية مشبعة بروح الفردية، و التي بلغت ذروتها في القرن الثامن عشر [(1)].

و لقد اعتبرت هذه الأفكار سندا حقيقيا يمثل أساسا إيديولوجيا تبنته النظرية الشخصية في نظرتها للالتزام.

أولا :الأفكار الفلسفية: لقد قامت هذه الأفكار على أساس منطق القانون الطبيعي حيث يولد الإنسان متمتعا بحقوق طبيعية ذاتية، ومن ثم فليس للإنسان سلطة طبيعية على غيره، والمجتمع إنما وجد لتكريس و حماية هذه الحقوق الطبيعية الذاتية، بل يعد إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرا منافيا للأخلاق. [(2)]

إن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد، فهو الغاية المنشودة و لأجلها يسخر المجموع، فالفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية، و لما كان الأمر كذلك كان من الواجب أن تكون روابط الفرد بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة و لا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختارا [(3)].

إن كل إلتزام أساسه الرضا و الاختيار يتماشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية و وجوب احترامها، فالإرادة إذن مبدأ القانون،
والغاية التي ينتهي إليها و ما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين.

1- د : زهدي يكن : المرجع السابق ص : 425.
- إرجع في تفصيل مبدء سلطان الإرادة و حجج أنصاره و الإنتقادات الموجهة إليه ، د: حشمت ابو ستيت : نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد الجزء الأول ، مصاردر الإلتزام القاهرة ، مصر 1954 .
- د : جاك غستان (ترجمة : منصور القاضي) : تكوين العقد ، المطول في القانون المدني ، اللمؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع بيروت لبنان الطبعة الأولى 2000 ، ص: 45
- G . RIPPERT / la regle morale dans les obligations civiles 4e edition p 1949 p 138 et s.

2- د. علي فيلالي : المرجع السابق ص 21.
3- د . عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق ص 176.

إن كل إلتزام أساسه الرضا و الاختيار يتماشى مع القانون الطبيعي، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية و وجوب احترامها، فالإرادة إذن مبدأ القانون،
والغاية التي ينتهي إليها و ما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين.

إن هذا التوازن ما بين الحريات جميعا هو ما يجب على المشرع أن يعتني به،
و ليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق، و لا عليه أن يرى إلى أي حد تنفق صالح المجموع مع صالح الفرد، فالفرد لا المجموع هو الذي يحميه القانون (1).

بل إن القانون عندما يتكفل بحفظ النظام في المجتمع و تمكينه لهذه الإرادات الفردية من تواجدها في محيط واحد،لا يناط له تجاوز هذا الحد لتحقيق العدالة الاجتماعية عن طريق ترجيح كفة الضعيف على كفة القوي، إنما يتعين ترك ذلك للأفراد لتنظيم شؤونهم من خلال تفاعلهم فيما بينهم تحقيقا لأهدافهم و التي يتحقق معها إقتضاءا الصالح العام (2).

ثانيا : الأفكار الاقتصادية

يمكن إرجاع انتصار مبدأ سلطان الإدارة إلى عوامل اقتصادية، و التي أدت بدورها إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن و التاسع عشر، حيث قامت الصناعات الكبيرة و تأسست الشركات الضخمة، و قد قام الفزيوقراطيون، (physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانونا طبيعيا، وقد تركزت الأفكار الاقتصادية على مبدأين أساسيين:

أولهما: حرية التملك باعتبارها حقا طبيعيا يتمتع به الإنسان منذ ولادته، **(3).**

1- د. عبد الرزاق السهدوني المرجع السابق ص: 177.

2- د. زهدي يكن : المرجع السابق ص : 427.

3- د. علي فيلالي: المرجع السابق ص: 21.

ثانيهما : حرية التجارة و الصناعة، حيث تخضع لمبدأ العرض و الطلب، فلو أنه تركت الناس أحرارا في نشاطهم الاقتصادي و فتحت أبواب المنافسة بينهم، فلا تلبث الأمور أن تستقر، و تتحدد الأسعار من طريق المنافسة و العرض و الطلب، لا من طريق تحكمي يمليه المشرع، و معنى هذا أن الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي [1] .

المطلـــــــب الثالــــث

الآثار القانونية المترتبة عن المذهب الشخصي

بعد إستعراضنا لتعريف الإلتزام في تصور المذهب الشخصي، فما هي الآثار القانونية التي تترتب عن ذلك ؟

الفرع الأول: عدم إمكانية تصور نشوء إلتزام دون طرفين

لقد سبق القول في تعريف الإلتزام أنه علاقة قانونية تربط بين شخصين، ومن ثم فالعبرة في نشوء الإلتزام تكون بالعلاقة التي تربط بين شخصين لانعقادها، و كما ذكرنا في أركان الإلتزام في القانون الروماني، أن الاشخاص ركن من أركان الإلتزام ، و بما أن المذهب الشخصي في تعريفه للإلتزام يستند على، تقاليد القانون الروماني العتيق في ذلك، فإنه يتعين لزوما،و تبعا لذلك وجوب تعيين أطراف علاقة الإلتزام و هما : الدائن باعتباره صاحب الحق الشخصي، و المدين و هو الملتزم بأداء معين، و قد يتعدد أحد أطراف العلاقة أو كلاهما، و في حال ما إذا تخلف ركن الأشخاص في كلاهما أو إحداهما، فلا مجال لوجود علاقة الإلتزام في منطق هذا المذهب، فالركن كما هو معروف يتفق مع الشيء وجودا و عدما، فمتى وجد الركن وجد الشيء معه و متى إنعدم الأول تبعه الثاني. و يلاحظ من خلال هذا التصور أنه في الحقيقة ينطبق تماما

و كليا على مفهوم العقد الذي يعتمد أساسا و إطلاقا في وجوده على توافق إرادتين مكرستين في شخصين مستقلين محددين آن نشوء الإلتزام [2]. و إن كانت في العقود

---

1. د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق ، ص : 179.
2. د. محمد تقية: الإدارة المنفردة كمصدر للإلتزام (في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية). الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر –1992، ص : 48.

التبادلية يكون كلا أطراف العلاقة دائنا و مدينا في ذات الوقت.

على أن هذا التصور للإلتزام يظهر مدى إصطباغ هذا المذهب و تطابقه مع فكرة العقد فقط، من حيث مجاله، حيث يقتضي وجود إرادتين متطابقتين (1).

و يذهب بعض أنصار هذا الإتجاه إلى حد التساؤل عن مدى إمكانية تصور نشوء الإلتزام بإرادة منفردة فقط.(2)

و كما سبق القول فإن مرد ذلك تاريخيا، أنه في ظل القانون الروماني، نشأ الالتزام في بادئ الأمر في الجرائم أي الأعمال غير المشروعة مما يقتضي بطبيعة الحال وجود طرفين متمثلين في الشخص المعتدي، و هو الجاني من جهة،و الشخص المعتدى عليه

و هـو المجـني عليه من جهة أخرى، و هما في الحقيقة طرفا علاقة الإلتزام من دائن

و مدين، و بتطور الزمان نشأت التعهدات التعاقدية مما إستلزم معه أيضا وجود طرفي هذه التعهدات على شاكلة طرفا الالتزام في الجرائم.

و سار الأمر على هذا النحو، و ألف الفكر على اقتران وجود الإلتزام بوجود طرفي هذه العلاقة القانونية، دون ظهور الحاجة بحكم المستوى الاقتصادي للمجتمع آنذاك، لتبرير معاملات اقتصادية بين أشخاص المجتمع تبررها سرعة المعاملات و اشتداد حركة الإنتاج و الاستجابة لمقتضيات و ضرورة المعاملات الاقتصادية بوجه عام، لا تتفق مع التصور الشخصي لعلاقة الإلتزام.

و إذا ما سلمنا أن نشوء الالتزام لا يتحقق إلا بوجود ركن الأشخاص، و إن تعددوا فإنه يترتب عليه أثر آخر يستتبعه كنتيجة منطقية بالغة الأهمية، و هو أنه لا يمكن للإدارة المنفردة لوحدها أن تنشأ إلتزاما ، ذلك أن نشوء علاقة إلتزام تقتضي في وجودها إبتداءا و إنتهاءا وجود إرادتين مستقلتين ، حيث يترتب على النظرة الشخصية للإلتزام أن نظامه القانوني ينبغي تحديده على أساس ما يربط طرفيه من علاقة، و ليس على أساس محله،

و على هذا النحو فلا يتصور قيام الإلتزام ما لم يتعين كل من طرفيه. (3)

1- د. عبد القادر الفار : مصادر الإلتزام، الطبيعة الأولى، 1998، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ص: 173.

2- أ نظر في هذا : François Terré , philipe simler, yves le quetté   Droit Civil: Les obligations (5ème édition), (novembre 1993) ateliers de normandie roto p : 39-40 et S

3- د. محمد حسين منصور : مصادر الإلتزام (العقد و الإدارة المنفردة) الدار الجامعية للطباعة و النشر (2000) سلسلة القانون المدني ص : 14.

الفرع الثاني : عدم جواز الاشتراط لمصلحة الغير

إن العقد لا ينتج آثاره إلا فيما بين المتعاقدين و بخاصة لا ينشأ حقوقا إلا لأطرافه،(1) و لقد سبق القول أنه يجب أن تكون للدائن مصلحة في أداء المدين لالتزامه، وعلى هذا النحو، فإنه لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير كما في حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لم يوجد وقت نشوء الالتزام، ينشأ بمجرد إرادة المدين، و هو المشترط دون أن يوجد الدائن و هو المشترط له أو المنتفع (2).

و عدم جواز الاشتراط لمصلحة الغير هو المبدأ أو القاعدة العامة، غير أن الخروج عن هذا المبدأ يقتضي وجود نص صريح، وقد أشرنا إلى هذا في السابق عندما تعرضنا إلى الشروط الواجب توافرها في الالتزام، حيث أنه كلما كانت مصلحة مالية للمشترط في تنفيذ التعهد جاز ذلك.

الفرع الثالث : عدم جواز التعهد عن الغير

و هذا أيضا أثر يترتب عن شرط كون موضوع الالتزام أمرا يقوم به المدين نفسه لا غيره، فلا إلتزام إذا ما تعهد المدين بعمل يتولى القيام به شخص آخر غيره، كون هذا الأخير ظل أجنبيا عن العقد، فالالتزام مناطه الإدراة، وما دام الغير لم يلتزم بإرادته على التنفيذ تبعا لذلك، بل المتعهد نفسه، و هو الطرق الأخر في العقد لا يلتزم لأنه لم يلتزم شخصيا في العقد. (3)

الفرع الرابع: عدم جواز انتقال الالتزام

إن علاقة الالتزام في المذهب الشخصي لا تنعقد إلا بوجود طرفين معينين، تقوم في أساسها على الاعتبار الشخصي، حيث أن الدائن ما كان ليرتبط لولا شخصية المدين ، والعكس صحيح ، ومن ثم فانه لايمكن تصور انتقال الالتزام سواء في جانبه الايجابي ،أو في جانبه السلبي.

1-د. حمدي عبد الرحمن : الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الاول ، المصادر الارادية للالتزام، القعد و الارادة المنفردة ، دار النهظة العربية ، مصر ، الطبعة الثانية ، 1999 ، ص : 15.

- على أن هذه القيود التي ترجع للصياغة الرومانية لم تلبث أن تصدعت امام الضرورات العملية، و أصبح من المستساغ الاشتراط لمصلحة الغير، أنظر : عبد الرزاق السنهوري : نظرية العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية ، ص : 878

2-د. زهدي يكن: المرجع السابق ص : 64.

3- د. عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة الطبعة الثانية (2000) ص 9 و 10.

أولا – عـدم جـواز حـوالة الحـق

لما كانت العبرة في الالتزام بشخصية أطرافها، فلا مجال للقول أن يحل شخص آخر محل أحد أطراف العلاقة، فلا يستطيع أن يحل شخص محل الدائن لاستيفاء حقه من المدين متغاضين النظر على أن حق الدائنية هو حق يشغل ذمة الدائن بذاتها، حيث أنه ما كان للمدين أن يلتزم شخصيا تجاه الدائن إلا اعتبارا لشخصية هذا الأخير، لهذا كان الحق الذي ينتقل لهذا الدائن في ذمته المالية كعنصر إيجابي مرتبط به، و لا يمكن بأي حال من الأحوال انتقاله للغير بالتنازل عنه [1].

و لعل الالتزام الناشئ عن الجريمة كان له دوره البارز في إرساء هذا الأثر القانوني، حيث أن المتضرر من الجريمة الذي يتولد له الحق في التعويض بصورة شخصية، ويكتسب صفة الدائن لأن الضرر يتصل به، ومن ثم فإن الحق المتولد عن هذا الضرر في التعويض لا يتصور بأي حال أن ينتقل إلى غيره نظرا لخصوصية الذاتية و الشخصية[2].

و كذلك الأمر فيما يخص الأثر النسبي للعقد الذي يولد حقوقا و التزامات شخصية في ذمة المتعاقدين، و تبرير ذلك إن الالتزام مناطه الإرادة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة [3].

ثانيا - عدم جـواز حوالـة الديـن

إن علاقة الالتزام بأطرافها، من حيث أنها أركان لانعقاد العلاقة نفسها، فعلى غرار اهتمامها و اعتبارها لشخصية الدائن في رابطة الالتزام إلى ما يترتب عنه بعدم إمكانية انتقال الالتزام من جانبه، أي من جانب الدائن، فإنه و نظرا كذلك للاعتبار الشخصي في العلاقة، فمن باب أولى ، و نحن بصدد نظرية الالتزام تغليبا للطرف السلبي فيها وهو مدين أنه لا يمكن انتقال الالتزام في جانبه السلبي و هو ما يعرف بحوالة الدين[4]،

1- د. محمد حسين منصور: المرجع السابق ص: 15.

- غير انه في القانون الروماني ، عندما يراد إحلال شخص آخر محل الدائن مع بقاء الالتزام قائما ان يعطي هذا الاخير توكيلا لشخص آخر لتحصيل الدين. أنظر : سمير عبد السيد تناغو و د : محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص : 293 و ما يليها .

2- د. محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق ، دار الفكر العربي الطبعة الأولى 1985. ص: 67.

3 د: زواوي فريدة : مبدأ نسبية العقد ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ابن عكنون، الجزائر ، 1993.

4 - د: عبد الناصر توفيق العطار: المرجع السابق ص 10.

فالإلتزام رابطة ملتصقة بالشخص المدين و لا تنفك عن شخصه [1] خصوصا و أنه و كما استعرضنا في الجانب التاريخي، كان يجوز للدائن أن ينفذ بدينه على شخص المدين فيحسبه أو يتخذه عبدا له، بل و كان للدائن قتل مدينه، مما يوحي و أن الالتزام في مضمونه آنذاك كان لا يسمح بطبيعته من حيث المحل أن يفكر شخصا في الحلول محل المدين ،الذي يخضع لمعاملة قاسية تتجسد في السلطة الممنوحة للدائن عليه.

و قد سبق القول أن الالتزام كان ناشئا في ظهوره عن الجريمة و نظرا لما يعرف بشخصية العقوبة، فإنه كان من الصعب قانونا أو واقعيا تصور فكرة انتقال الالتزام من الشخص المدين إلى شخص آخر.

و إذا كان التزام المدين هو القيام بعمل معين، فالدائن لم يرتبط معه إلا لما عقده من اعتبار للمهارات و الخبرات الفنية للمدين، حيث لولاها لما ارتبط معه، و هذا ما يفسر عدم إمكان حلول مدين آخر محل المدين الأصلي في علاقة الالتزام عند نشوءها[2] إن لم نقل هنا أنه سبب التزام الدائن.

ففي القانون الروماني ظل الباب مغلقا في وجه حوالة الدين نظرا لخطورة التغيير في الشخص المدين، و هو أهم في الإلتزام من الشخص الدائن، لأنه هو المسؤول عن وفاء الالتزام، والأمر الذي يتوقف على إحساسه بالمسؤولية، وعلى قدرته المالية
و درجة يساره، وهذه أشياء تختلف من مدين الى آخر، فيكون تغيير الشخص المدين بأمر بالغ الخطورة بالنسبة للدائن. [3]

و بعد إستعراضنا لأبرز الآثار القانونية المترتبة عن فكر النظرية الشخصية في تصورها للالتزام، سنتعرض لموقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية للالتزام.

1- د: محمد حسين منصور : المرجع السابق : ص : 15.

2-د: محمد شكري سرور : المرجع السابق ص: 65.

3- د : سمير عبد السيد تناغو، د : محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص : 293.

المبحـــث الـــــثاني

تطـبيقات المذهب الشخـصي في الـقانون المـدني الجزائري

إن التعرض لهذا الجانب، يقتضي منطقيا الرجوع إلى تعريف المشرع الجزائري للالتزام من خلال تفحص المواد القانونية المتعلقة بذلك على أن خصائص الالتزام في المذهب الشخصي التي تعرف مفهوما شخصيا تبعا لتسمية المذهب الشخصي ذاته قد يكون له صداه و انعكاساته في مصادر و أحكام الالتزام مما يقتضي معه لزوما التعرض إليها في التشريع الجزائري، و التي من شأنها أن تساعدنا في تبيان ما نهدف الوصول إليه.و عليه سنتولى في مطلب أول التعرض إلى تعريف المشرع الجزائري للالتزام، على أن نعقبه بمطلب ثان يتضمن مصادر الالتزام، وبعض أحكامه الأساسية في مطلب ثالث.

المطلب الأول

تعريف و مصادر الإلتـزام في القانــون المدني الجزائري

الفرع الأول : تعريف الإلتزام في القانون المدني الجزائري

نظم القانون المدني الجزائري الإلتزامات و العقود في الكتاب الثاني من المادة 53 إلى المادة 673 منه، و بتفحص المادة الأولى، يتبين أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتعريف الالتزام بصفة مباشرة، و إنما عرفه بصورة عرضية بصدد تعريفه للعقد و هو بذلك قد أدمج تعريف العقد و الإلتزام في تعريف واحد، و قد جار في ذلك المشرع الفرنسي، [1] حيث نص هذا الأخير في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي على أن: " العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل" ، وقد انتقد الفقه خطة المشرع الفرنسي في الخلط بين تعريف العقد و تعريف الالتزام،

1- د:رضا متولي وهدان : تجديد الالتزام الجزء الأول: الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة

للنشر(1999) ص: 15 و ما يليها

و معا في تعريف واحد[1] في الباب الخاص بالعقد لما في هذه الخطة من مجافاة للمنطق إذ العقد مصدر للالتزام، و لا يصح عقلا أن يكون تعريف الشيء و مصدره تعريفا واحدا، و كان الأولى، تعريف الالتزام تعريفا مستقلا عن أي مصدر من مصادره، ثم تعريف كل من هذه المصادر بعد ذلك، غير أنه مما يشفع للمشرع الفرنسي في الخطة التي إتبعها أنه توخى أسلوبا عمليا باعتبار أن أهم مصدر للإلتزام هو العقد، و أن أكثر ما يثار البحث في ماهية الالتزام إنما يكون بمناسبة العقد.

أما المادة التي عرفت الإلتزام بصورة عرضية في القانون المدني الجزائري بمناسبة تعريف العقد هي المادة 54 التي تنص على مايلي:

"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

و ظاهر من النص أنه سقط جزء من التعريف الذي أتى به النص الفرنسي السالف الذكر، و الذي نقلت منه حرفيا نص المادة 54، و طبقا للنص الفرنسي السالف الذكر تكون صحة النص العربي هي:

" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

يضاف إلى هذا، أن النص العربي للمادة 54 سمى الإلتزام بمنح، وظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي و في النص الفرنسي للمادة 54 بلفظ (Donner) معناه المنح أي (Donation) مع أن الكلمة الفرنسية Donner مأخوذة من الكلمة اللاتينية " DARE" التي تعني نقل حق ملكية، و كان ينبغي أن يقال بدلا من كلمة (بمنح) بنقل حق عيني.[2]

1- د: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات. المجلد الأول ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث-1996، ص : 170.

2- د: علي علي سليمان : المرجع السابق ص: 10، 11.

و مادام أن المشرع الجزائري قد سار على نهج المشرع الفرنسي في هذا الشأن، فإنه يصلح ما وجه نقدا من طرف الفقه للمشرع الفرنسي أن يوجه للمشرع الجزائري أيضا بصدد تعريف الإلتزام عرضا بمناسبة تعريف العقد بصورة أصلية كما سبق بيان ذلك.

وتبعا لذلك يظهر جليا أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمذهب الشخصي في تعريف الإلتزام، لأنه كما سبق القول أن القانون الفرنسي كان له دور الوسيط بين التشريعات الحديثة و القانون الروماني ذا الصبغة الشخصية، وما يؤكد هذا بصورة واضحة ورود مصطلح رابطة بين شخصين في المادة السالفة الذكر، و التي توحي بمدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهب الشخصي في تصوره للالتزام.

الفرع الثاني : مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري

لقد أقر المشرع الجزائري صراحة أربعة مصادر للإلتزام، و خص كل واحد منها بفصل مستقل في الباب الأول من الكتاب الثاني للتقنين المدني(1) مما يؤكد ما توصلنا إليه، -على اعتبار أن الشكل يوحي على المضمون- فنص في الفصل الأول من الكتاب الثاني على القانون (المادة 53)، و في فصل ثان على العقد (المواد من 54-123)، و في فصل ثالث على العمل المستحق للتعويض (من المواد 124-140) و أعقبه بفصل رابع يتضمن ما يسمى: شبه العقود من المواد (141 إلى 159).

بالإضافة إلى ذلك، فإن لجنة إعداد القانون المدني- كما جاء في عرض الأسباب، أخذت بالمشروع الفرنسي، الإيطالي الذي اعتمد أساسا على المذهب الشخصي مع مراعاة
الأوضاع الجديدة التي طرأت على المجتمع اللبيرالي منذ مطلع هذا القرن، كما ورد في نص عرض الأسباب أن: العقد يبقى عملا إراديا، و يكون شريعة المتعاقدين فضلا على

1- أنظر تبويب و ترتيب القانون المدني الجزائري الصادرة بالأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975

أنه تم تحضير القانون المدني من قبل لجنة متكونة من قضاة متأثرين بالقانون الفرنـسي(1). و حيث أن المشروع الفرنسي، الإيطالي أدمج بالمادة الأولى تعريف الإلتزام في تعريف العقد كما فعل القانون الإيطالي و الفرنسي فجاء التعريف كما يلي:

" العقد هو اتفاق شخصين أو أكثر لإنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية " (2)

و في هذا إظهار لمدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهب الشخصي تأسيسا على الجانب المذكور، بل و يظهر التعريف أيضا مدى إقتران الإلتزام بالعقد الذي يقتضي إنعقاده وجوبا و إطلاقا وجود إرادة شخصين يرتبطان قانونا باعتباره المصدر الوحيد للإلتزام الإرادي، فاعتبار العقد من بين أهم مصادر الإلتزام من حيث المواد القانونية المخصصة له يعد مظهرا بارزا في حد ذاته لإنحياز المشرع الجزائري للمذهب الشخصي الذي لا يعتد إلا بالعقد كمصدر إرادي للإلتزام ، و الذي يقتضي وجوبا وجود طرفين مستقلين و محددين سلفا ، فضلا عن الأحكام الواردة في العقد بوجه عام التي تعكس الطابع الشخصي للإلتزام على أن نورد بعضا منها فيما يلي:

المطـــلب الثـــاني

في بعــض الأحكــام المنــظمة للالــتزام

إن العقد بوجه عام لكي ينعقد لا بد من توافر أركان ثلاثة : التراضي، المحل السبب، و في بعض العقود " الشكلية" و ركن التسليم أيضا في العقود العينية.

و لقد أورد القانون المدني الجزائري في القسم الثاني بعنوان : شروط العقد من الفصل الثاني المتضمن العقد فنظم شرط الرضا من المادة 59 الى المادة 91 منه و من المادة 92 إلى 98 المحل في حين أنه تعرض ضمنا إلى السبب بمقتضى أحكام المادتين 97و 98، تحت عنوان، شرط المحل، و في هذا عيب شكلي ظاهر، بالإضافة إلى أنه أخلط بين عنصرين هامين و هما الركن و الشرط في العقد، حيث أن الركن يتفق مع الشيء وجودا و عدما بينما الشرط لا يرتبط بهذه الفكرة، بل بصحة التـصرف القـانونـي

1- د: علي فيلالي ، المرجع السابق : ص 6و7.

2- د: زهدي يكن : المرجع السابق ص: 61.

فقط، و إن هذا التمييز له ما يبرره من حيث الأثر القانوني المترتب عن كل منهما فالأول يترتب عن تخلفه البطلان المطلق، بينما النوع الثاني يترتب عن تخلفه قابلية العقد للإبطال مع بقاء التصرف القانوني قائما و منتجا لكافة آثاره القانونية [1]، مع إمكانية التنازل عن حق الإبطال بالإجازة.[2]

و هذه القابلية للإبطال ترتبط بصحة التراضي أو نقص الأهلية القانونية فقط،

و التي عبر المشرع عنها بالرضا خطأ في ترجمة لمصطلح " Consentement"، التي تعني تطابق إرادتين بصريح المادة 59 و الأصح إصطلاحا: "التراضي" .

فصحة التراضي شرط من شروط العقد، حيث يشترط أن يكون رضا المتعاقدين سليما و خاليا من عيوب الرضا المذكورة في القسم الثاني من الكتاب الثاني من التقنين المدني وهو : الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال فاشتراط المشرع الجزائري خلو و سلامة رضا المتعاقد من هذه العيوب، يعتبر تجسيدا للطابع الشخصي سيما عند التفصيل في شروط تحققها ، حيث تكون شخصية المتعاقد محل إعتبار.

و إلى بيان الطابع الشخصي في شروط تحقق عيوب الرضا في النقاط التالية:

الفرع الأول : فــي عــيوب الـرضا

أولا : عيب الـغلط

إذا اتصل برضا المتعاقد عيب الغلط و هو تصور يقوم في ذهن الشخص يجعله يعتقد الأمور على غير حقيقتها، شرط أن يكون الغلط بوصف جوهري إذا بلغ حدا من الجسامة بحسب المادة 82 من القانون المدني الجزائري ، فتجدر الإشارة هنا إلى أن تقدير جسامة الغلط يرجع إلى العوامل الذاتية و الشخصية و هذا بنص حكم المادة 82 من نفس القانون التي تنص: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه
المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط" .

1- د: علي فيلالي : المرجع السابق ص: 38.

2- د: محمد سعيد جعفور: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في القانون معهد الحقوق و العلوم الإدارية
بـن عكـنون، الجزائر ، سنــة 1985.

و منه يتبين أن المشرع أخذ بمعيار ذاتي و شخصي يتمثل في أن تقدير جسامة الغلط هي بنفسية المتعاقد ، ومنها يظهر الطابع الشخصي لما يقام من اعتبار لهذا العنصر في المتعاقد ووزن له، في تكوين العقد صحيحا و تظهر الصورة بوضوح عندما تنص المادة 82 في فقرتها الثالثة فيما يتعلق بصور الغلط: " إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد[1]"

- حيث يظهر منه جانبين شخصيين و هما:

أ: شخصية المتعاقد معه محل إعتبار و وزن في ذاته أو في صفة من صفاته.

ب: القول بوجود غلط يرتبط بالإعتداد بشخصية المتعاقد الذي وقع في غلط.[2]

و تجد ذاتية المتعاقد تطبيقاتها بالنسبة للعقود التي يكون فيها المتعاقد محل إعتبار كما هو الحال في عقد الوكالة،وعقد الهبة، عقد العمل، و شركات الأشخاص إلى غيرها من العقود الشخصية.

إن وقـــوع المتـــعاقد في غلـــط بـــهذا المفـــهوم الـــقانـــوني، يـــقرر المـــشرع حماية قانونية لـــه، حـــيث يتـــولـــد له حـــق إبـــطال العـــقد بمـــقتضى أحكام المادة 81 التي تنص:" يجـــوز للمتـــعاقد الـــذي وقـــع في غـــلط جـــوهري وقـــت إبـــرام العقـــد أن يطلب إبـــطالـــــه".

إن هـــذه الحـــماية القانـــونية المتـــمثلة فـــي تـــقرير حـــق طـــلب إبطال العقد الذي يتمسك به المتعـــاقد الـــذي وقع في غلط جوهري تأكد و تجـسد الإعتداد بالطابع الشخصي في العلاقة التعاقدية حيث انه يأخـــذ القاضـــي بالظروف الشخصية للمتعاقد الذي وقع في غلط لتقديره إن كان جـــوهريا و بالـــتالي إبـــطال العـــقد[3].

1- د: خليل أحمد حسين قدادة : المرجع السابق ص: 72.

2 - د: علي فيلالي : المرجع السابق ص : 72

3- د : عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق ، ص : 10.

ثـــانيا : عيـب التدليـس

لقد تعرض المشرع الجزائري في المادتين 86و87 من التقنين المدني (1) إلى التدليس كعيب من عيوب الرضا و حسب هاتين المادتين فإن التدليس يتكون من عنصرين.

1) عنصر مادي: و هي تلك الوسائل المستعملة لتضليل المتعاقد، و دفعه لإبرام العقد سواء تمثلت تلك الوسائل في صورة إيجابية أو في صورة سلبية وهي السكوت العمدي أو الكتمان.

2) عنصر معنوي: و تتمثل في نية التضليل و الخداع عند المدلس لإيقاع المدلس عليه في غلط يدفعه لإبرام العقد.و تجدر الإشارة هنا أن المشرع قد أخذ بمعيار شخصي في تحقيق واقعة التدليس، حيث أنها تؤثر في المدلس عليه بطريقة تدفعه إلى التعاقد[2]، فالعبرة هنا بشخصية المدلس عليه في تقدير مدى تأثير الحيل أو السكوت العمدي (الكتمان) لدفعه على التعاقد، و هذا ظاهر من المصطلح الذي أورده المشرع الجزائري في مقطع من نص المادة 86 في عبارة :"......لولاها لما أبرم الطرف الثاني من العقد.......إذ أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".و متى أبرم الشخص العقد تحت تأثير تدليس قد مارسه المتعاقد الآخر عليه، تقرر له حق طلب إبطال العقد بمقتضى حكم المادة 86 التي تنص : " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني للعقد".

و عليه لمن وقع في تدليس كان دافعا له للتعاقد حق طلب إبطال العقد الذي أبرمه إعتدادا بالجانب الشخصي و حماية له من الطرق الإحتيالية التي استعملها المدلس من أجل دفع المدلس عليه لإبرام عقد بحيث لولا هذه الطرق الإحتيالية ما كان ليبرم المدلس عليه العقد.

1- ارجع الى نصي المادتين 86-87 من القانون المدني الجزائري

2- د: علي علي سليمان : المرجع السابق ص : 26

- أنظر في تفصيل هذا د: احمد محمود سعد : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ، 1988 ، ص : 189.

ثالـثـا : عيب الإكــراه

إلى جانب عيب الغلط والتدليس، فقد تناول المشرع عيب الإكراه في المادتين 88 و89 من التقنين المدني الجزائري، فإذا كان المتعاقد الذي يقع في الغلط أو التدليس لا يعلم بذلك وقت إبرام العقد فالمتعاقد المكره يعلم وقت تعاقده أن رضاه معيب[1].

فالإكراه هو ذلك الضغط الذي يقع على الفرد يتولد لديه خوفا يدفعه لإبرام العقد الذي أكره على إبرامه.

و تنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري صراحة على أنه:"و يراعي في تقرير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، و سنه و حالته الاجتماعية و الصحية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه".

ومنه يتبين أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الذاتي في تقرير جسامة الخطر، و يخضع في ذلك للمركز الثقافي و الاجتماعي و الاقتصادي و النفسي لكل متعاقد[2]

و يتحقق الخطر الجسيم و لو لم تكن التهديدات حقيقية بل يكفى أن تكون وهمية، طالما قد تأثر بها المكره مما يتولد معه رهبة تدفع الشخص لإبرام العقد [3].

.

و متى أبرم العقد، تقرر للمتعاقد المكره طبقا لما تنص عليه المادة 88 و التي تقتضي في فقرتها الأولى بأنه: " يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق "، ويعد هذا مظهر من مظاهر ا لإعتداد بشخصية المتعاقد في عواملها النفسية و الذاتية المتصلة بشخصه، بحيث تؤثر على صحة إلتزامه، و تبعا لذلك تتقرر الحماية القانونية له في حق طلب إبطال العقد المبرم تحت وطأة الإكراه، و الذي عاب رضاه ، حيث تولد في نفسيته خوفا كان دافعا للتعاقد، فلولاه لما أبرمت قاصدا أن يلتزم إراديا بأن تترتب له حقوق و يتحمل إلتزامات تعاقدية .

1- د :علي فيلالي : المرجع السابق ص: 84.

2- د: خليل أحمد حسن قدادة: المرجع السابق ص: 38

3- د : أحمد محمود سعد : المرجع السابق ، ص : 189.

رابـعـا : عيــب الإستـغـلا ل

إن القوانين التي تقوم على أساس مطلق من مبدأ سلطان الإدارة لا تترك في أحكامها و قواعدها مكانا للغبن ، لأن الأصل فيها أن كل إنسان حر في تصرفاته و العقد شريعة المتعاقدين، و ليس للقانون أن يتدخل فيما تعاقد عليه متعاقدان حائزان للأهلية القانونية ، إذ أن الشخص عندما يتعاقد إنما يراعي مصالحه الشخصية للدرجة الأولى محاولا لذلك جني أكبر فائدة من العقد و تحمل أدنى الالتزامات.

و قد كان للقانون المدني الفرنسي الفضل الأكبر في بلورة نظرية الإستغلال كعيب من عيوب الرضا رغم أنه إستلهم أحكامه من القانون الروماني المتشبع بمبدأ سلطان الإرادة، بعدما أن كانت نظرية مادية ذات حيز محدود جدا لا يتجاوزالقسمة و بيع العقار [1].

و قد تأثرت القوانين المدنية التي صدرت بعد القانون الفرنسي بهذه النزعة الجديدة [2] و قد سار القانون المدني الجزائري في هذا الاتجاه الحديث، حيث نظم الاستغلال في مادته 90 واعتمد المشرع هنا أيضا على المعيار الذاتي في تقرير حالة الطيش التي تدفع بالشخص للقيام بتصرفات دون إمعان نظر أو تدبر متسرعا في ذلك، غير مبال لما قد ينجر عن ذلك مع اشتراط أن يكون الطيش بين ومؤاده ظاهر و بارز لحد معرفته لدى العوام ، كما أقر المشرع مظهر ثانيا للاستغلال إلى جانب الطيش البين، و هو الهوى الجامح و الذي يتمثل في تلك الرغبة الملحة التي تنهض في الشخص فتنال من إدراكه ، ليتسرع في إبرام تصرفات لا يبالي بمآلها و ما قد ينجم عنها من أضرار (3)، و في هذا خروج عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يترك مجال المعاملات المالية بين أشخاص لقانون المنافسة الحرة بطريق قانون العرض و الطلب، حيث لا تتدخل الدولة في نشاط هؤلاء و الذي يستقر في مرحلة لاحقة محققا بذلك الصالح الخاص و الذي يقتضي معه تحقيق الصالح العام على أساس الإلتزام بالإرادة الحرة و المختارة .

1- أنظر في تفصيل هذا ، د : حميد بن شنيتي : المرجع السابق ، ص : 26 و مايليها.

2- سعد الكوراني: الإستغلال و الغش في العقود: بحث مقارن في القانون المصري و القوانين المدنية و العربية (مجلة المحاماة المصرية) العدد الأول سنة 1961 ص: 922.

3- د: علي فيلالي: المرجع السابق ، ص: 79و 98.

فواضح في تقدير الطيش البين و الهوى الجامح، بالاعتداد بشخصية المستغل
و العبارة المستعملة من طرف المشرع توحي بوضوح عن ذلك إذ نص في المــادة 90 ما يلــي:
" .....و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الأخر قد إستغل فيه ما غلب عليه من طيش أو هوى".

و متى تحقق ذلك تقديرا و إعتبارا للشخص و ذاتيته النفسية، جاز لهذا الأخير أن يطلب إبطال العقد بمقتضى أحكام المادة 90 القانون المدني الجزائري التي تنص في الجزء المتعلق بذلك: " جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

و من خلال إستعراضنا لعيوب الرضا، يتبين لنا جليا أن المشرع الجزائري قد إعتد بشخصية المتعاقد في نشوء الإلتزام صحيحا، مما يؤكد الاعتبار الشخصي في العلاقة التعاقدية و التي قد تهدد بالزوال، إذا لم يراع هذا الاعتبار الشخصي و في هذا دليل على الطابع الشخصي للإلتزام بوجه عام في هذا الشأن.

على أنه تجدر الإشارة هنا، أنه و إذا كان المشرع الجزائري يعتد بشخصية المتعاقد من حيث سلامة رضاها من العيوب المذكورة اعتمادا على معيار ذاتي
و شخصي، مما يستلزم معه ضمنا السلطة التقديرية الممنوحة لقاضي الموضوع لاستنباط و على ضوء هذه المعطيات، مدى وقوع المتعاقد في عيب من عيوب الرضا، و هي في ذلك مسألة واقع لا قانون، حيث لا يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة النقض.[1]

1- د: محمد حسن قاسم: نظرية الإلتزام الجزء الأول، دار الجامعة الجدية للنشر الإسكندرية 1994 ، ص : 74.

الفــرع الثــاني : فـي تنفـيذ الالتـزام

لقد سبق القول أن محل الإلتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين تجاه الدائن، و الذي يجد أسسا الالزامي في إرادة الإلتزام، غير أن هذه الأخيرة تستمد قوتها الإلزامية من القانون الذي يقرر بقدرة الإرادة في ذلك مع إمكانية تعدد الطرف المدين و الدائن بحسب الأحوال، وهذا الأداء هو إما يكون منحا و الأصح كما سبق القول بنقل حق عيني ،
أو فعل أو عدم فعل شيء ما.

ففي ما يخص الالتزام بنقل حق عيني و مثاله عقد البيع الذي يرتب على البائع إلتزاما بنقل ملكية العين المبيعة طبقا لما تنص عليه المادة 351 من القانون المدني الجزائري : " .....أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

أما الإلتزام بفعل، فالمدين يتولى القيام بعمل أو نشاط معين لمصلحة الدائن ، و يجد هذا النوع من الإلتزام تطبيقاته في العقود الواردة على العمل.

و الإلتزام بعدم فعل شيء ما بمقتضاه يمتنع المدين عن القيام بعمل معين، فجاء مثلا في نص المادة 492 من التقنين المدني و المتعلقة بعقد الإيجار على أن يمتنع المستأجر من أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرات في العين المؤجرة.

و الجدير بالذكر هنا، هو عدم الخلط بين محل الإلتزام و محل العقد فكما سبقت الإشارة، فإن محل الإلتزام هو ما تعهد به المدين بحسب الأحوال الثلاثة المذكورة، بينما محل العقد فهو العملية القانونية التي يرغب المتعاقدان إنجازها، أو موضوع العقد في حد ذاته، فموضوع عقد البيع مثلا هو نقل الملكية بعوض، و هي تتحقق عن طريق إنشاء إلتزامات تقع على عاتق الطرفين أو أحدهما في عقود ملزمة لجانبين و في عقود ملزمة لجانب واحد، و كل من هذه الالتزامات يكون لها بدورها، محل معين، فمحل الالتزام هو إذن مدلول مقدر في العقد يقتضي معناه و يستلزمه. (1)
و في الحقيقة، إذ العقد المصدر الرئيسي و الأساسي للإلتزام الذي تظهر فيه دور الإرادة بجلاء ووضوح فيه، فإن العقد ليس له محل، بل الالتزام الناشئ عن العقد هو الذي له

1- د: محمد وحيد سوار الدين: شرح القانون المدني المصادر الإدارية العقد و الإدارة المنفردة الجزء الأول: مصادر
الإلتزام المطبعة الجديدة –دمشق- ص: 123.

محل معين ، وتبعا لذلك و لأجل إدراك و تقصي الحقيقة القانونية يجب القول: محل الالتزام الناشئ عن العقد، و نقول محل العقد: مجازا، و هذا ما يفسر عندما ينص بالقول محل العقد.[1].

فالعقد يرتب آثار قانونية تتمثل في إلتزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين، هذه الالتزامات هي التي يكون لها محل معين، إما بنقل حق أو القيام بفعل أو الامتناع عن فعل.

و الالتزام بفعل و الذي يتضمن عادة عملا أو نشاطا معين لفائدة الدائن، يأخذ فيه بعين الاعتبار في حالات كثيرة بشخصية المدين و بقيام لها وزن معتبر، بل و أن تنفيذ الالتزام عينا في حالات محددة لا تتحقق و لا تكون مجدية إلا بتدخل المدين شخصيا، كما هو الشأن للإلتزام بعمل فني كالغناء أو التمثيل.

ففي هذا النوع من الإلتزام خصوصا يظهر الإعتبار لشخصية المدين، حيث أنه إبتداءا لولاها لما ارتبط الدائن قانونا معه، و انتهاء يرجى لزوما قيام المدين بنفسه بتنفيذ الإلتزام، و متى كان الأمر كذلك، إستوجب وضع قواعد قانونية تضمن إلزام المدين تنفيذ إلتزامه شخصيا، و في هذا الصدد يمكن بيان بعض الأحكام القانونية التي تبرز هذا الإعتبار الشخصي من جهة، و الحماية القانونية المقررة للدائن للظغط على المدين لتنفيذ إلتزامه شخصيا.

أولا: التنـفيذ الشخـصي للإ لتـزام

تنص المادة 169 من القانون المدني الجزائري على أنه: " في الإلتزام بعمل، إذا نص الإتفاق ، أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين الإلتزام بنفسه، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين".

فالمادة تنص على شروط تحقق رفض الدائن لتنفيذ الإلتزام و الموفى من غير المدين حيث لا يكون منه جدوى أو لا إمكان بذلك إلا إذا قام به المدين شخصيا كون شخصية هذا الأخير محل لدى الدائن الذي إطمأن لشخصية هذا الاخير إما لمهاراته أو ليسار ذمته المالية .

1- D : Engene Gaudement : theorie générale des obligations publier par : H.des bois 1937, Traites Sirey, P : 89.

و تتمثل هـذه الشـروط فيـما يلي :

1- أن يكون محل إلتزام المدين هو القيام بعمل معين.

2- وجود إتفاق أو أن طبيعة الدين يستوجب التنفيذ الشخصي للمدين لإلتزامه، فالإتفاق يرد فيه شرط يقضي بذلك و يجد هذا الشرط تطبيقه عندما يكون العمل المراد القيام به يعتمد فيه على مهارات و مواهب المدين كأداء فني معين، أو إجراء عملية طبية، كما أنه في هذه الحالة ، للقاضي إعمال سلطته التقديرية التي يتستقل بها من أجل إستخلاص ما إذا كانت طبيعة الدين تقتضي وفاء المدين بالتزامه عينا بصورة شخصية، أو لا تقتضي ذلك، و لا تعقيب لقضاء النقص عليه لأنها من أمور الواقع لا القانون.

فإذا ما تمسك المدين بوفاءه و لتنفيذ إلتزامه بواسطة شخص أخر، جاز للدائن أن يرفض الوفاء هذا و لا يعتبر ذلك من قبيل التعسف في استعمال حقه، كما ليس له أن يجبر مدينه على التنفيذ لما في الإجبار في هذه الحالة من تعدي على الحرية الشخصية للمدين[1].

كما تجدر الإشارة هنا أن حق الدائن في رفض الوفاء من غير المدين تتعلق بمصلحته الشخصية، إذ لا تعتبر من النظام العام، فكان عليه أن يتمسك بها و يثيرها أمام القاضي حيث ليس لهذا الأخير إثارتها من تلقاء نفسه لعدم تعلقها بالنظام العام و إلا عد ذلك خرقا لمبدأ حياد القاضي، و الحكم بما لم يطلبه الخصوم.

و في هذا الحكم بيان للطابع الشخصي لما يؤخذ في شخصية المدين عند تنفيذه للإلتزام، حيث يجوز للدائن رفض الوفاء من غير المدين بمقتضي أحكام المادة المذكورة أعلاه، حيث تكون شخصية المدين محل إعتبار و تقدير من الدائن الذي ما كان ليبرم التصرف مع مدينه ، وإن تغيير شخصية المدين أمر بالغ الخطورة بالنسبة للدائن [2].

1- د: خليل أحمد قدادة : نفس المرجع السابق، ص: 24.

2- د : سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق ، ص : 293.

<u>ثانيا :</u> إلزام المدين بتنفيذ إلتزامه بالتهديد المالي (الغرامة التهديدية)

إن الغرامة التهديدية من إبتداع القضاء الفرنسي كوسيلة لحمل المدين على التنفيذ العيني و هي وسيلة يراد بها الضغط على إرادة المدين لعله ينفذ الإلتزام عينا، وقد كان مسلك القضاء الفرنسي موضع نقد شديد في أول الأمر من جانب الفقه، إلا أن القضاء قد ثبت رغم هذا على مسلكه، و خف من ناحية أخرى نقد الفقه لهذا المسلك [1].

و لقد نصت المادة 174 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام بهذا التنفيذ، و بدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك".

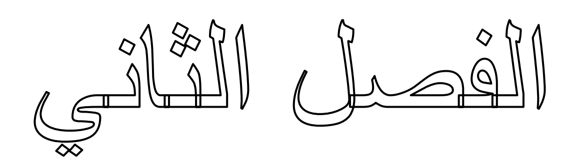
فإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ".

ففي هذه الحالة يمكن الحكم بالغرامة التهديدة، عندما يكون إلتزام المدين هو القيام بعمل معين مع الإعتبار الشخصي للمدين، حيث أن تنفيذ الإلتزام عينا لا يكون ممكنا
أو مجديا إلا بتدخل المدين شخصيا لتنفيذ إلتزامه، و هو المعيار الذي يحدد لنا مجال الحكم بالغرامة التهديدية في نطاق الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل كإلتزام الممثل بأن لا يمثل في مسرح معين غير المسرح الذي يعمل فيه الأصل، و إلتزام بائع المتجر بأن لا ينافس مشتريه ، و يجوز أيضا اللجوء إلى الغرامة التهديدية في الإلتزام بتسليم الأولاد إلى من له الحق في حضانتهم، و في إلتزام الزوجة في العودة إلى بيت الطاعة. [2]

إن استعرضنا لمضمون المذهب الشخصي للإلتزام و تعقيبه بالآثار القانونية المترتبة عن هذا التصور في مرحلة أولى و ذلك بغرض الوصول إلى موقف المشرع الجزائري
من هذا التصور الشخصي بعد الإلمام بمضمونه و مفهومه،في مرحلة ثانية حيث أنه يتبين معه و تبعا لما تعرضنا له في هذا الشأن أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب الشخصي كمبدأ عام في تعريفه للإلتزام.

1- د: عبد المنعم البداوي: النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة مصر ، 1973 ، الجزء الثاني ص: 75.

2- د: خليل أحمد حسن قدادة : المرجع السابق ص: 29.



مفهوم الالتزام في المذهب الموضوعي وتطبيقاته في القانون المدني الجزائري

إن الإطلاع على مضمون الأحكام المتعلقة بالعقد بوجه عام في الفصل الثالث في القسم الثالث منه و المتعلق بآثار العقد، و الباب الثاني المتعلق بآثار الالتزام من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري، نجدهما قد تضمنا أحكاما لا تتفق تماما مع تصور المذهب الشخصي من حيث الآثار الذي تتولد عنه، بل تخالفها تماما، الأمر الذي يجعل التساؤل يطرح نفسه حول مدى صحة ما خلصنا إليه من خلال ما تقدم بيانه.

إن هذه الأحكام المخالفة توحي باعتنائها بمحل الالتزام أو موضوعه كعنصر أساسي في الالتزام، و تجعل في نفس الوقت من عنصر الأشخاص عنصر ثانويا، و هي بذلك تجسد تصورا أخر للالتزام، يجد صداه فيما يصطلح عليه بالمذهب الموضوعي .

و للإجابة على التساؤل المطروح في هذا الشأن، توجب علينا التطرق لمضمون الالتزام في المذهب المادي، و ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، لنتعرض بعد ذلك لموقف المشرع الجزائري من هذا التصور من خلال المواد القانونية التي تكرس و تجسد هذا التصور الموضوعي في الالتزام، و هذا حتى نتمكن من فهم و إلمام جوانب الموضوع
محل الدراسة.

المــبحث الأول

مفهوم الالتـزام فـي المذهـب الموضـوعي

نتطرق في مبحثنا هذا إلى تعريف الالتزام في المذهب المادي مستعرضين في ذلك الأسس التي يستند عليها هذا المذهب سواء في الفقه الوضعي أو الشرعي في مطلبين متعاقبين.

المــطلــب الأول

تعريـف الالتــزام في الـمذهب الــموضوعي

تعتبر المدرسة الجرمانية حاملة لواء المذهب المادي في تصوره للالتزام، حيث يرى الفقيه جييرك (Gierke) و هو من أشهر الفقهاء الألمان الذين عمدوا إلى بعث أفكار القانون الجرماني من جديد لتخليص القانون الألماني من النظريات ذات الأصل الروماني
و تغليب النظريات الجرمانية عليها، و هو بذلك يعتبر من الرافضين لمنطق المذهب الشخصي في تصوره للالتزام، حيث عكف هذا الفقيه على إيضاح و بيان فكرة الالتزام في النظر الجرماني التي لا تعتبر بالرابطة أو بالعلاقة الشخصية في الالتزام عند نشأته كما هو الحال في القانون الروماني، بل إن العبرة في الالتزام بمحله أو موضوعه فينفصل عن أشخاصه، و يختلط بمحله و يصير بذلك شيئا ماديا ذو قيمة مالية مجردا عن أطرافه[1]، حيث أن علاقة الالتزام القانونية هي علاقة بدرجة أولى بين ذمتين مستقلتين عن أشخاص هذه الذمم المالية و ذلك حسب التصور الجرماني للذمة المالية كما سيأتي بيانه، و هو بذلك يمثل حقا يضاف إلى ذمة الدائن، و دينا في ذمة المدين[2] و هو العنصر الأساسي في الالتزام. [3]

و قد كان لهذا التصور انعكاسه و صداه في القانون الألماني، الذي عرف إحياءا و بعثا لأفكار القانون الجرماني، و تخليصه في آن واحد من الأفكار و النظريات الرومانية المنشأ و الأصل.

لقد ورد في تعريف القانون الألماني للالتزام بعد هجره لمصطلح "الالتزام" تبعا للمذهب المادي الذي أعتنقه و تبناه، مصطلح "علاقة الدين" "Schuld Verhatnisse" ،
فنصت المادة 241 منه على أنه:" إن للدائن بمقتضى رابطة الالتزام أن يطالب المدين بعمل شيء، و العمل يمكن أن يكون بالامتناع أيضا.[4]

1- د: عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (المجلد الأول) ص: 108.
2- د: محمد حسين منصور: المرجع السابق ص: 15.
3- د: محمد شكري سرور: المرجع السابق ص: 68.
4- د: زهدي يكن: المرجع السابق ص: 61و 409.

و من خلال هذا التعريف تتبين الأهمية المعطاة لمحل الالتزام على فرقائه
و جعلته قيمة مالية تسري عليها المبادئ المقررة للحق العيني، أما طرفا الإلتزام فليس لهما هذه الأهمية [1].
ولقد لقي المذهب المادي عطفا بالغا من فقهاء فرنسا، و في مقدمتهم الأستاذ "سالي" " Saleilles"
و تلامذته وهو زعيم هذا المذهب في فرنسا، غير أن هذا المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي.[2]
و لعل مرد ذلك إلى الفكر المتشبع بالنزعة الشخصية و الاعتبار لها أساسا و جعل محل الالتزام عنصر ثانويا، إذ لا تتحقق علاقة الالتزام في عالم القانون إلا بوجود شخصين مستقلين و معينين ابتداء.

المطلب الثانــي

أســس المذهــب الموضوعي

إن أي نظرية بوجه عام تستند في وجودها إلى مجموعة من الأسس والمعطيات باختلاف طبيعتها أو مصادرها، و لما كانت النظرية المادية بحكم طبيعتها نظرية قانونية، فإنها تستند بالاقتضاء على مجموعة من الأسس نستعرضها من خلال الفقه الألماني و في فقه الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول : في الفقه الألماني

لقد كان للاتجاه الفقهي السائد آنذاك و الذي عمد في محاولة التقريب بين الحقين
و الشخصي و العيني مع إسهاب الفقهاء الألمان في هذا الشأن (3) الأثر البالغ في بلورة المفهوم الموضوعي للإلتزام، حتى أصبح الحق الشخصي في أخر المطاف خطوة نحو الحق العيني، إذ يبقى حق الدائن شخصيا إلى حين استحقاق التنفيذ، و إذا تحقق ذلك بأن استلم الدائن دينه، صار حقه عينيا، على ما تسلمه فهو حق شخصي إبتداءا عند نشوءه
وينقلب حقا عينيا انتهاء عند تنفيذه، يتقرر فيها للدائن ممارسة جميع الحقوق على الشيء

1- د : عبد الودود يحي : المرجع السابق ، ص :8 .

2- د: عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (المجلد الأول): ص: 109.

3- د: مصطفى الجمال : المرجع السابق ، ص : 11 .

الموفى به لما له من سلطة مباشرة عليه[1].

و يقف سندا و تدعيما للنظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان من اصل ألماني
و هما:
أولا/- نظرية الذمة المالية:(Patrimoine): حيث يرى الفقهاء الألمان أن الذمة المالية هي مجموع مالي تتكون من وعاءين، الوعاء الأول يحوي مجموع العناصر الإيجابية، بينما الثاني عناصرا سلبية، و ميزة هذا المجموع المالي أنه لا يرتبط بشخص معين،
و لما كان العنصر السلبي يندرج ضمن هذا المجموع المالي المستقل عن الشخص،
و على اعتبار أن الالتزام يحويه بدوره هذا العنصر السلبي، فإنه بالتعدي و بناءا عليه يصطبغ الالتزام بصفته عنصرا ماديا ذا قيمة مالية مستقلا عن شخصه.[2]
ثانيا /- نظـرية المديونيـــة و المســؤولــية
فالمديونية في نظر الفقهاء الألمان هو واجب قانوني معين يلتزم به الشخص نحو شخص أخر و هي بذلك تظهر رابطة شخصية ما بين المدين و الدائن، تجعل على المدين واجب الوفاء، و على الدائن قبول هذا الوفاء. [3]
و لا يمكن للدائن هنا إجبار مدينه على الوفاء، إنما الإجبار هو المعنى الذي نجده في المسؤولية، فقد يكون المدين مدينا و مسؤولا في وقت معا، و يرتب عليه واجب الوفاء
و يمكن إجباره على ذلك إما بالتسليط على شخصه أو بواسطتها للتسلط على ماله.
كما يمكن أن تنفصل المسؤولية عن المديونية، فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء،
و يكون هناك شخص أخر هو المسؤول في شخصه أو في ماله بوساطة شخصه،
أو مسؤولا في ماله مباشرة، و في هذه الحالة أين تكون المسؤولية عينية تقع على المال وحده دون نظر الشخص، ومن ثم يتبين أن المسؤولية العينية و هي أحد العنصرين الجوهريين للالتزام، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصبغة المادية دون اعتبار للجانب الشخصي.

- RIEG : La règle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil Français et 1 Allemand Paris.L.G.D.J, 1961, P : 138.
2- د: عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (المجلد الأول) ص: 108.
3- د: عدنان طه الدوري: أحكام الالتزام و الاثبات في القانون المدني الليبي، الطبع ة الثانية –1995- منشورات الجامعة المفتوحة ص: 12.

و لقد كان لهاتين النظريتين الفقهيتين أثرهما البالغ في تجسيد و بلورة التصور الموضوعي للإلتزام من خلال عنصر المحل ذات الأهمية البالغة[1].

و لقد شهد العصر الحاضر تطورا اقتصاديا هائلا، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج و انتشرت الصناعات الكبيرة و ذلك في شكل مشاريع اقتصادية استثمارية ضخمة[2] الأمر الذي يستدعي نظما اقتصادية تعتمد في تعاملاتها على البساطة و التيسير، حتى تكتسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم، و على اعتبار أن هذه النظم الاقتصادية تترجم في نظم قانونية تجسد ذلك، فإنه لا يتأتى ذلك قانونا إلا بالنظر إلى هذه القيم المالية نظرة مادية مجردة عن أشخاصها، مع ما تقتضيه سرعة المعاملات و الائتمان عليها مما يحقق معه رواجا اقتصاديا، و هذا التصور يجد صداه في المذهب المادي الذي كان ظهوره و انتشاره بعامل هذا التطور الاقتصادي في جانب، و ما تقدمه هذه النظرية من حلول إيجابية للكثير من الحالات التي لا يمكن تخريجها عن أصول القانون الروماني العتيق، و نزعته الشخصية المفرطة من جانب آخر. [3]

حيث أن هذا الإفراط في العنصر الشخصي في نشوء علاقة الالتزام و إعطاءه قدرا هاما، بل و يتوقف على نشوءه علاقة الالتزام، و ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية تقف حاجزا منيعا أمام سرعة تداول الأموال، و تيسير سبل المعاملات الاقتصادية،
و رواج القيم المالية الاقتصادية و بصورة تترجم بأنظمة قانونية معينة، فيما لو اعتمدنا عليه، حيث يستعصي علينا تخريجها ضمن هذا المذهب، بينما لو اعتمدنا على تخريج
و منطق المذهب المادي في نظرية الالتزام، حيث يغلب عنصر المحل باعتباره قيمة مالية مستقلة عن أشخاصها لأمكن مسايرة هذا التطور الاقتصادي الهائل و ما تقتضيه من سرعة في التعامل، حيث تجد ترجمته القانونية في نظم و وسائل قانونية مرنة، و ناجعة

1- د: جلال علي العدوي : مصادر الإلتزام ، طبعة 1994 ، الدار الجامعية مصر، ص : 9
2 - د: السنهوري: المرجع السابق ص: 108. 109.
3- د: زهير الماريتي: الوجيز في نظرية الالتزام الطبعة الأولى مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية(1966- 1967) جامعة حلب سوريا ص: 18.

لاستيعابها و سد ما تركه قصور و فراغ القواعد القانونية التقليدية الموروثة عن القانون الروماني[1] . و هذا بغرض البحث عن النتائج المفيدة إجتماعيا بوزن المصالح القائمة و هذا ما يسميه الألمان : إجتهاد المصالح[2] .

الفرع الثاني : في فــقه الشـريعة الإسـلامية

بعد أن أتينا على استعراض أساس النظرية المادية في الفقه الألماني، و بما أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الثاني بعد التشريع للقانون المدني الجزائري إذ تنص المادة الأولى منه على ما يلي : "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولتها نصوصه في لفظها، أو فحواها، و إذا لم يجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد نص فبمقتضى القانون الطبيعي و قواعد العدالة"، و لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية قد تناولها فقهاؤها بالشرح و البيان، فإن هذا يقضي و بقصد الإلمام بالجوانب المتصلة بالموضوع، التعرض للحق الشخصي في منظور الفقه الإسلامي على أن نبين أيضا في ذات العرض دور و ميدان الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي.

أولا : الحـق الشخـصي في فـقـه الشـريـعة الإسـلامية

إن الحق الشخصي أو الالتزام تعبير مستعار من الفقه الغربي، و إلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير، و سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الالتزام يشتمل في الفقه الإسلامي على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض، و لم يحاول علماء الفقه الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة تنتظمها جميعا، فيعبروا عنها بالالتزام [3]. فالالتزام في الشريعة الإسلامية ذا تصور متميز إذ عرفه بعض الفقهاء كما يلي: " كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق، أو إسقاطه سواء أكان هذا من شخص واحد كالوقف، و الطلاق المجرد من المال، و الإبــراء، أو مـــن شخـــصين

كالبــيع و الإيـجار، و الطلاق على مال، أما جانب آخر من الفـقه فـقد عرفـه بأنـه:

1- د:يوسف بوشاشي: حوالة الحق في القانون المدني الجزائري – رسالة ماجستير- معهد الحقوق ابن عكنون الجزائر ص8.

2- هنري باتيفول : فلسفة القانون منشورات عويدات بيروت – لبنان – الطبعة الأولى ص 46: .

3- د: عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) . المجلد الأول: الجزء الأول دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان.ص.14.و ما بعدها.

" إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره، و إما بإلزام من المشرع [1]. و واضح من خلال التعريفين السابقين أن العبرة في الالتزام عند الفقه الإسلامي بآثاره لما يرتبه من واجبات تتعلق بمحل الالتزام، و في ذلك طابع موضوعي ظاهر يتفق مع تصور النظرية الموضوعية في نظرتها للالتزام.

و يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي في بعض الحالات لفظ " الحق " و يريدون به جميع الحقوق المالية و غير المالية، فيقولون حق الله و حق العبد و يستعملون لفظ " الحقوق" و يريدون به في حالات الإتفاق، و في حالات أخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات، غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع، و حقوقه تسليم المبيع و دفع الثمن، و يستعملون أحيانا لفظ "الالتزام " و يريدون به غالبا الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، و نادرا الالتزامات التي تنشأ عن العقد.

أما الإلتزامات التي تنشأ عن غير العقد، و التي تنشأ عن المسؤولية المدنية ، أي الإلتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، تقصيرية كانت أو عقدية، فتسمى الضمانات، فإذا أردنا أن نورد تعبيرا فقهيا يقابل لفظ "الإلتزام " بالمعنى المعروف في الفقه الغربي، وجب أن نستعمل تعبيرين هما " الإلتزام " و " الضمان " ، و لا نكون بعد ذلك استنفدنا جميع الإلتزامات عن مصادرها المختلفة فلنقتصر إذن على لفظ الإلتزام بمعناه المعروف في الفقه الغربي[2] .

فالإلتزام – كما سبق الذكر – يشتمل على عدة من الروابط المتميزة بعضها عن بعض في الفقه الإسلامي، ويمكن القول إن هذه الروابط لا تقل عن أربع فهناك :

1- **التزام بالدين :** فالإلتزام بالدين أو الدين فحسب ، هو إلتزام محله مبلغ من النقود ، أو جملة من الأشياء المثلية و هذا هو الذي يتعلق بالذمة ، و عرف صاحب مرشد الحيران الدين بأنه: " ما وجب في ذمة المديون بعقد إستهلاك مال أو ضمان غصب "

1- د: بدران ابو العينين بدران: الشريعة الإسلامية – تاريخها و نظرية الملكية و العقود الطبعة الأولى. دار المعارف مصر .ص.336.

2- د: عبد الرزاق احمد السنهوري : المرجع السابق، ص : 15 .

و الصحيح أن مصادر الدين تزيد على ما ذكره " مرشد الحيران " فهي أولا العقد كالقرض يلتزم به المقترض أن يرد للمقرض مبلغا من النقود أو أشياء مثلية يكون قد افترضها منه ، و كالبيع إذا كان الثمن

نقودا أو أشياءا مثلية ، يلتزم به المشتري أن يدفع هذا الثمن للبائع ، أما إلتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، فهذا إلتزام بالعين كما سنرى .

و هي ثانيا : الإرادة المنفردة كالنذر و الهبة ، و الوصية ، إذا كان محل ذلك نقودا أو مثليات [1] .

و هي ثالثا: العمل غير المشروع ، و لا يقتصر ذلك على الغصب كما ذكر صاحب مرشد الحيران ، فكل ضمان ينشأ عن غير العقد كغصب أو سرقة أو إتلاف يكون محله عوض الشيء المضمون ، و هذا العوض إما أن يكون مبلغا من النقود هي قيمة الشيء المضمون ، إذا كان قيميا ، و إما أن يكون جملة من الأشياء المثلية إذا كان الشيء المضمون مثليا ، و هي رابعا الإثراء بلا سبب في بعض الحالات ، فمن دفع شيئا ظانا أنه واجب عليه ، فتبين عدم وجوبه ، فله الرجوع به على من قبضه بغير حق ،

و إذا كان هذا الشيء نقودا أو مثليات كان الرجوع بدين متعلق بذمة ، و هي خامسا الشرع ذاته ، كالإلتزام بالنفقة .

2- **<u>الالتزام بالعين :</u>** الإلتزام بالعين هو إلتزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تمليك منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك أرض معروفة الحدود أو منفعة دار أو تسليم عبد أو حفظ حيوان .

و من مصادر الإلتزام بالعين الإرادة المنفردة كالوصية بعين معينة و العمل غير المشروع ، كغصب عين ينشئ إلتزاما بردّها، أما إذا هلكت العين ، فإن الإلتزام بها يتحول إلى إلتزام بدين هو رد القيمة أو المثل ، و الإثراء بلا سبب كالوفاء بعين غير واجبة ، فعلى المستوفى رد العين،على أن أكثر حالات الإلتزام بالعين يكون مصدرها العقد ، فالبيع إذا وقع على عين معينة بالذات ينشئ إلتزاما على البائع بتمليكها للمشتري ،

---

(1)د: السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق .ص15-16.

و الأولى في الفقه الإسلامي أن يقال إن العقد ينقل الملكية دون أن يسبق ذلك أي إلتزام ، و إيجار العين ينشئ إلـتزاما على المؤجر بتمليك منفعة العين ، و كل من البيع

و الإيجار تنشئ إلتزاما بتسليم العين المبيعة للمشتري أو تسليم العين المؤجرة للمستأجر و الوديعة تنشأ إلتزاما على المودع عنه بحفظ العين المودعة .

3- الإلتزام بالعمل : و الإلتزام بالعمل هو إلتزام محله صنع شيء بعقد إستصناع أو أداء خدمة معينة بعقد إيجار ، فالإستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه معين مادته من الصانع ،و تجوز إجازة الأدمي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل و كيفيته ، و الأجير قسمان : خاص و مشترك ، فالأجير الخاص هو الذي يعمل لشخص معين لغير مستأجره مع اشتراط التخصيص عليه، وليس له ان يعمل في مدة الإجارة لغير مستأجره، و الأجير المشترك هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص كالصانع و المقاول ، فالأجير الخاص يؤجر كل وقته للعمل ، أما الأجير المشترك فيؤجر نفسه لعمل معين .

4- الإلتزام بالتوثيق : و الإلتزام بالتوثيق محله كفالة إلتزام و مصدره عقد الكفالة،

و قد يكون الإلتزام المكفول به إلتزاما بالدين أو إلتزاما بالعين ، و يدخل في ذلك الإلتزام بالتسليم ، و هناك الكفيل بالنفس ، و المكفول به في هذه الحالة هو إحضار المكفول ،

و يبرأ الكفيل بتسليمه المكفول للمكفول له ، حيث يمكنه مخاصمته ، و في غير مجلس الحكم ما لم يشترط تسليمه فيه .

و من ذلك فالإلتزام بالتوثيق إما أن يكون إلتزام تبعيا للإلتزام بدين أو عين، و إما أن يكون إلتزاما أصليا في الكفالة بالنفس [1].

هذه هي أنواع الإلتزام المختلفة ، يتميز بعضها عن بعض ، كما رأينا ، و لا يدمجها فقهاء الشرع الإسلامي في نوع واحد يسمونه الإلتزام كما يفعل الفقه الغربي ، و من بين الأنواع المتعددة ليس إلا الإلتزام بالدين هو الذي يتعلق بذمة المدين ، أما الإلتزامات الأخـرى ، فلا تتعـلق بالذمة إلا إذا تحولت إلى إلـتزامات بدين على الوجه الآتي :

1- د: السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق ص :17 .

في الالتزام بتمليك العين أو منفعتها ينتقل الملك في الحال ، فلا تتحقق صورة يتعلق فيها الالتزام دينا في الذمة. وسبق القول أن هذا لا يعد التزاما في الفقه الإسلامي فالعقد هو بذاته الذي ينقل الملكية.

و في الالتزام بتسليم العين أو بحفظها قد يتحقق سبب الضمان في بعض الحالات فيتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع قيمة العين، فيكون دينا متعلقا بالذمة. وفي الالتزام بالعمل قد يستأذن القاضي في بعض الحالات أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين، فيتحول الالتزام دينا في الذمة بقدر هذه النفقة.

و في الإلتزام بالتوثيق إذا كانت الكفالة بدين كانت هي أيضا دينا يتعلق بالذمة ، و إذا كانت الكفالة بعين فإنها تتحول إلى دين بتحول الإلتزام المكفول به، أما الكفالة بالنفس، و هي إلتزام أصلي ، فلا تتحول إلى دين يتعلق بالذمة ، بل إن جزاءها ، إذا لم يحضر الكفيل المكفول أن يحبس ما لم يظهر عجزه أو عدم إقتداره على إحضار المكفول، و لا يلتزم الكفيل بأداء الدين الذي في ذمة المكفول[1] ، و نرى من ذلك أن الإلتزام في مجمله يرد إلى الإلتزام بالدين أو الإلتزام بالعين في الفقه الإسلامي .

ثانيا – دور الإرادة المنفردة في نشوء الالتزام في فقه الشريعة الإسلامية

تجدر الإشارة هنا ، إلى أن الفقه الإسلامي سبق الفقه الغربي و القوانين الوضعية في اتخاذ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، و جعلها صالحة لأن تكون أساسا لتصرف شرعي أو قانوني و من تطبيقات التصرف الانفرادي في الفقه الإسلامي نذكر منها إنشاء الوقف ، الوصية ، الإيجاب الملزم ، و الكفالة ، و الإبراء ، و الطلاق ، و غيرها [2] .

فللإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي ميدان فسيح نراها فيه تنتج آثارا قانونية متنوعة، فهناك تصرفات هي عقود في الفقه الغربي، و تتم في الفقه الإسلامي بإرادة منفردة ، و هناك ثانيا تصرفات تتم بإرادة منفردة في كل من الفقه الإسلامي و الفقه الغربي ، و هناك أخـيرا آثارا قانونية كثيرة غير إنشاء الإلتزام تحدثها الإرادة المنفردة

---

(1) د: السنهوري : المرجع السابق .ص.17-18.

(2) د: بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية إبن عكنون الجزائر 1995 .ص:334.

شأنها في ذلك شأن الفقه الغربي .

فمذهب مالك و قد بلغ في هذا المذهب مبلغ الفقه الألماني (الجرماني) و قد جعل من الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزم ، و لقد استمد الفقه الإسلامي نظرية الإرادة المنفردة من قوله سبحانه و تعالى : " قالوا نفقد صواغ الملك و لمن جاء به حمل بعير
وأنا به زعيم " [1] .

والمتأمل في الفقه الإسلامي يستطيع أن يميز في هذا الصدد بين طوائف ثلاث من العقود والتصرفات الطائفة الأولى، و يدخل فيها البيع و الإيجار، و الطائفة الثانية
ويدخل فيها الكفالة، و القرض، و الطائفة الثالثة و يدخل فيها الهبة و العارية.

أما البيع والإيجار فلا مشاحة في أن الركن في كليهما هو الإيجاب و القبول وأما الكفالة والقرض ، فيبدأ في أمرهما الشك ، هل الركن هو الإيجاب و القبول ، أم هو الإيجاب فحسب .

وقد ورد في الكفالة أن ركنها الإيجاب من الكفيل ، أما القبول من الطالب (الدائن)، فليس بركن في أحد قولين لكل من أبي يوسف و الشافعي، و للشافعي وعند الإمام ومحمد و قول لأبي يوسف قبول الطالب ركن في الكفالة، وجه القول الأول أن الكفالة ضم لغة ، و إلتزام المطالبة بما على الأصيل شرعا ، و ليست بتمليك ، ومعنى الضم و الإلتزام بإيجاب الكفيل فأشبه النذر[2] .

ووجه القول الثاني أن الكفالة ليست بإلتزام محض، بل فيها معنى التمليك الذي لا يتم إلا بالإيجاب و القبول كالبيع ، و رد في القرض أن ركنه عند أبي يوسف في إحدى روايتيه الإيجاب من المقرض أما القبول من المقترض فليس بركن في القرض عند محمد في إحدى الروايتين عن أبي يوسف .

بقيت الهبة و العارية ، و فيها يتغلغل الشك أكثر مما رأينا في الطائفة الثانية من

---

(1) سورة يوسف : الآية 72.

(2) د: عبد الرزاق السنهوري: المرجع اسابق ، ص: 19 .

العقود، و يرجع القول بأن الركن هو الإيجاب فحسب، فالهبة ركنها الايجاب من الواهب أما القبول من الموهوب فليس بركن استحسانا،وهذا هو قول الإمام وصاحبه

والقياس أن يكون القبول ركنا ، و هو قول زفر، وجه الإستحسان على ما يقول الكاساني، أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول

و إنما القبول و القبض لثبوت حكمها ، لا لوجودها في نفسها ، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام،و لأن المقصود بالهبة المدح و الثناء بإظهار الجود و السخاء

وهذا يحصل دون القبول .

وثمرة الخلاف بين القولين تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان ، فوهب منه فلم يقبل ، أنه يحنث إستحسانا و عند زفر لا يحنث ، وركن العارية الإيجاب من المعير،أما القبول من المستعير فليس بركن عند الإمام و صاحبيه إستحسانا ، و القياس أن يكون ركنا، و هو قول زفر، كما في الهبة، حتى إن من حلف لا يعير فلانا فأعاره، و لم يقبل يحنث عند الإمام و صاحبيه، و لا يحنث عند زفر، و يرى الفقيه السنهوري(1) أن الأمر في هذه الطوائف الثلاث من التصرفات مرده إلى الإعتبار الآتي :

الطائفة الأولى من التصرفات و فيها البيع و الإيجار معاوضات إبتداءا و إنتهاء ، فيلتزم كل من المتعاقدين ، و من ثم لا يتم العقد إلا بإرادة كل منهما ، فيكون الركن هو الإيجاب و القبول – دون خلاف -

.

و الطائفة الثانية من التصرفات ، فيها الكفالة و القرض تبرعات إبتداءا و معاوضات إنتهاء ، فتسرب الشك فيما إذا كان يلزم قبول الدائن في الكفالة ، و المفترض في القرض مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته ، فغلب القول بأن هذا القبول لازم لأن التصرف معاوضة في نهايته ، و من ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب و القبول ، و الطائفة الثالثة من التصرفات و فيها الهبة و العارية تبرعات إبتداءا و إنتهاءا ، فتغلغل الشك فيما إذا كان يلزم قبول الموهوب له في الهبة و المستعير في

(1) د: عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (مصادر الحق في الفقه الاسلامي) ص16.

العارية مع أن التصرف بالنسبة إلى كليهما تبرع في بدايته و في نهايته ، فغلب القول بأن هذا القبول غير لازم .

و من ثم كان الراجح أن الركن هو الإيجاب فحسب و نستطيع أن نستخلص من هذا التحليل أن التصرف في الفقه الإسلامي يتم بإيجاب و قبول إذا كان من شأنه أن يرتب التزاما في جانب أحد الطرفين و لو إنتهاء، أما التصرف الذي يرتب التزاما في جانب أحد الطرفين دون الآخر فيتم بإيجاب الطرف الملتزم وحده ، و كأن الالتزام يكفي في إنشاءه إرادة الملتزم وحدها ، و كأن العقد نفسه و هو إيجاب و قبول ، يقوم التزام كل طرف فيه على إرادته دون اعتبار لإرادة الطرف الآخر ، فإذا صح هذا النظر أمكن القول في الفقه الإسلامي إن الأصل في التصرفات هي الإرادة المنفردة لا العقد .

- أما التصرفات التي تتم بإرادة منفردة هي :

1- الإلتزام ، فالإلتزام يطلق في الفقه الإسلامي على الصورة العامة للإلتزام بالإرادة المنفردة ، فيقال المطلوبات المترتبة على الإلتزام ، أي الإلتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة ، فإذا إلتزم شخص بمال يعطيه لشخص آخر دون أن يتعاقد معه ، فهل يتقيد الملتزم بإرادته المنفردة هذه أن يعطي المال الذي إلتزم بإعطاءه ؟

ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن هذا من قبيل التبرع ، و التبرع غير ملزم عندهم ، أما عند مالك فهو ملزم ما لم يمت الملتزم ، أو يفلس ، ذلك أن الموت و الإفلاس يسقطان هذا الإلتزام ، فلا يجب شيء للملتزم له لا في التركة و لا في التفليسة [1].

و يميز الفقهاء بين الإلتزام و الوعد ، فالإلتزام هو ما تقدم ، أما الوعد فهو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلتزام في الحال و قد يقع الوعد على عقد أو عمل ، كأن يعد شخص آخر بيعه أرضا أو بنائه دارا و جمهور الفقهاء يتفقون على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء و لكن المالكية إختلفوا فيه على أربعة أقوال : أولها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يمت الواعد أو يفلس، و الثاني أنه غير ملزم و لا يقضي به في أية حال ، و الثالث أنه ملزم إن كان على سبب و دخل

---

(1) د: عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق (مصادر الحق في الفقه الاسلامي) ص17

الموعود من أجل الوعد في السبب ، و سنأتي بمثال القولين الأخيرين : يعد شخص أخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج، فهذا الوعد للواعد ، تزوج الموعود له أو لم يتزوج على القول الثالث ، و هو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الرابع (1) و إلى جانب الالتزام و الوعد يوجد النذر و عرّفه الحنابلة بأنه التزام قربة من القربى لله تعالى كصلاة و صوم و عيادة مريض و صدقة ، و عرّفه المالكية بأنه التزام ما ندب الشارع إلى فعله ، و التعريفان متقاربان ، و النذر نوعان :

إما منجز كقول الناذر لله أن أتصدق بكذا على الفقراء أو على فلان، و إما معلق على شرط، و هو نوعان: نذر تبرر، و نذر اللجاج، فإن المعلق عليه مرغوب فيه، فهو نذر التبرر مثل إن شفى الله مرضي تصدقت بكذا، و إن كان المعلق عليه مرغوبا عنه فهو نذر اللجاج .

و في التعريف به قال الرملي أن نذر اللجاج أو الغضب هو أن يقع بنفسه، أو غيره من شيء أو بحث عليه أو يحقق به خيرا بالتزام قربة من القرب كقول الناذر إن كلمت فلانا أو إن لم أكلمه و إن يكن الأمر كذا فـالله علي صوم شهر، و قد لا يتميز النذر التبرر من نذر اللجاج إلا بالبينة، لأن الرغبة في الشيء و الرغبة عنه محلها النفس و نذر غير قربى لا يفيد التزاما أما نذر القربى فالحكم كما يأتي: فملخص القول عند الحنفية و الحنبلية أن لا يفيد التزاما قضائيا ترفع به الدعوى على الناذر، و إنما يرتب عليه في هذه الحال التزما دينيا إذا كان النذر بقربة مستحبة.

أما نذر الواجب و الحرام و المكروه و المباح فهو لاغ في راوية و في رواية ينعقد موجبا لكفارة يمين على رأي الحنابلة [1].

و كذلك الأمر عند المالكية، و هو أن النذر إذ صح لم يفد إلتزاما قضائيا، و إنما يفيد التزاما دينيا، و بذا جاء في حاشية الدسوقي أنه لا يقضي للمنذور به و لو لمعين بل يجب على الناذر تنفيذ المنذور به من نفسه [2] .

---

(1) الأستاذ: علي الخفيف: التصرف الانفرادي و الإدارة المنفردة ص: 202.

(2) حاشية الدسوقي: على الشرح الكبير الجزء الثاني ص:199.

أما الشافعية فيرون أنه لا نذر إلا في طاعة، فلا نذر في معصية و لا التزام فـي
نذر المباح كالأكل و الشرب، و يرون أن نذر الطاعة يفيد التزاما قضائيا إن كان نذر مجاراة و عين المنذر له كأن يقول إذا شفى الله مرضى فقد نذرت أن أتصدق على فلان بألف دينار، أو فلله علي نذر أن أعطاه فلان صدقة كذا.

وإن نذر طاعة في لجاج أو غضب فهو بالخيار بين الوفاء و بين أن يكف و لا يفي، لأن له شبها بالنذر و شبها باليمين (1).

و يستفاد من الآراء الفقهية أن جمهور الفقهاء و هو الحنفية و الحنابلة و المالكية يرون أن الناذر ملزم بما نذر و لكن التزامه ديني، و بالتالي فإن تنفيذ التزام الناذر موكول إلى ضميره الديني إن خضع لتأنيب الضمير وفى بنذره و إن لم يخضع فلا يوفى لأن نذره لا يفيد التزاما قضائيا، و لذا فلا يلتزم قضائيا بالوفاء به.

أما عند الشافعية في بعض الأحوال كنذر الطاعة مثلا فإن نذره يفيد التزاما قضائيا، و عندئذ يكون أساس التزامه الإدارة المنفردة (2).

و بإمكان القاضي أن يستنبط هذه الأحكام لتطبيقها على الوقائع المعروضة عليه و التي لا تجد تخريجا في التشريع و في هذا إعمال لمبادئ الشريعة الإسلامية من خـلال
فقهها على أنها المصدر الرسمي الثاني للقانون المدني، فضلا على أن للمشرع مكنة سن أحكام في هذا المجال تستمد أصولها من مبادئ الشريعة الإسلامية من خلال التفسيرات الفقهية على اختلاف المذاهب.

فكما سبق القول، أن ظاهرة اعتبار الإدارة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام، ليست بجديدة، حيث وجدت هذه الظاهرة في أول ظهورها في الفقه الإسلامي، فهو صاحب الفضل الأكبر في إظهار دور الإرادة الحقيقي، و ليس القانون الألماني كما يقول بعض الفقهاء(3)، حيث أعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الإرادة المنفردة مصدرا للالـتزام

---

(1) د: علي الخفيف:المرجع السابق:203.

(2) د: محمد تقية: المرجع السابق، ص. 190.

(3) د: جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، دار المعارف الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى-1975-، فقرة 81 .ص.398.

بجانب العقد، فكما تستطيع الإرادة المنفردة أن ترتب الآثار القانونية، فهي قادرة كذلك على إنشاء الالتزامات و ما الوعد بجائزة وكانت تسمى في الفقه الإسلامي بالجعل – إلا من تطبيقات الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية [1].

ذلك أن طبيعة الالتزام في الشريعة الإسلامية، و من خلال التعاريف التي استعرضناها تظهر الصبغة المادية له، و تبعا لذلك حيث أجازت حوالة الحق و حوالة الدين، فالمذهب الموضوعي يتفق مع الشريعة الإسلامية خلافا للقانون الروماني الذي أخذت عنه القوانين اللاتينية، ففي إجازة انتقال دين المدين المعبر عنه بحوالة الدين، و كذا انتقال حق الدائن و المعبر عنه بحوالة الحق و سمي بالإقرار بالإسم المستعار واقعيا، فإن ذلك يأتلف اليوم مع تطور النظم الاقتصادية الحاضرة و سرعة تداول الأموال و تيسير سبل المعاملات [2].

المطلب الثالث : الآثار القانونية المترتبة عن المذهب الموضوعي

إذا كان الالتزام في أساسه قيمة مالية مجردة عن أشخاصها يمكن تداولها [3] ، فإن هذا التصور الذي نجده في المذهب المادي ليس مجرد تصور نظري بحت ، إنما هو تصور يلقي بضلال آثاره في ساحة القانون ، فهو خصب من حيث نتائجه [4] ، و إلى بيان هذه الآثار القانونية فيما يلي :

الفرع الأول : الاعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام

لا شك أن التصرف الإنفرادي، و هو عمل قانوني صادر من جانب واحد ينتج آثار قانونية، فقد يكون التصرف الانفرادي سببا لكسب الحقوق العينية كما في حال الوصية، كما يمكن أن يكون سببا لسقوطها كما هو الأمر في حال التنازل عن رهن ، و قد ينهي التصرف القانوني الانفرادي رابطة عقدية كما في حالة عزل الوكيل من قبل الموكل(5) ،

---

(1) د: خليل أحمد حسن قدادة: المرجع السابق .ص. 202.
(2) د: زهدي يكن :المرجع السابق .ص.203.
(3) أنظر: د: محمد حسين منصور: المرجع السابق ص.15.
(4) د: عبد الرزاق السهوري: المرجع السابق، (المجلد الأول). ص.140
(5) أنظر د:أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: مدى سلطة الموكل في انهاء عقد الوكالة بارادته المنفردة المطبعة العربية الحديثة- القاهرة مصر 1981.
- أنظر كذلك الدكتور عبد الحكم فودة : إنهاء القوة الملزمة للعقد دار المطبوعات الجامعية مصر 1993-ص 52

كذلك يمكن بالتصرف الانفرادي إسقاط الحق الشخصي كما في حالة الإبراء [1] إن التصور المادي للالتزام على أنه قيمة اقتصادية تربط بين ذمتين ماليتين يجعل معه إمكان تصور نشوء التزام بإرادة واحدة و هي إرادة المدين حتما، دون الطرف الآخر و هو الدائن الذي يعد وجوده مقتضى ضروريا عند تنفيذ الالتزام [2].

أولا : المنشأ التاريخي لنظرية الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام

إن ظاهرة اعتبار الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ليست جديدة، حيث ظهرت في أولها في الفقه الإسلامي، فهو صاحب الفضل الأكبر في إظهار دور الإرادة الحقيقي، حيث اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام بجانب العقد، فكما تستطيع الإرادة المنفردة أن ترتب الآثار القانونية، فلها مكنة إنشاء الالتزامات [3]، فكما أسلفنا سابقا أن الفقه الإسلامي قد استمد نظرية الإرادة المنفردة من قوله سبحانه و تعالى : " قالوا نفقد صواغ الملك و لمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم " [4] .

ففي الآية الكريمة تبرز الصورة العملية و النموذجية للالتزام بالإرادة المنفردة
و التي تعرف في الفقه الإسلامي بمصطلح الجعالة و هو ما يعرف في القانون الوضعي بالوعد بجائزة الموجه للجمهور.

و من هنا يظهر الطابع المادي لطبيعة الالتزام في الشريعة الإسلامية حيث عرّفه بعض الفقهاء على النحو التالي: " كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه، سواء أكان هذا من شخص واحد كالوقف، و الطلاق المجرد من المال، و الإبراء، أومن شخصين كالبيع و الإيجار و الطلاق على مال " .

---

(1) د: عبد القادر الفار: المرجع السابق (مصادر الالتزام). ص. 170
(2) د : محمد حسين منصور : المرجع السابق ص.32.
(3) د: خليل أحمد حسين قدادة: المرجع السابق ص.15.
(4) سورة يوسف: الآية 72

و قد عرفه البعض الآخر من الفقهاء بأنه: " إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره و إرادته وإما بإلزام الشرع " ، فالعبرة هنا تكون بالآثار المترتبة عن الالتزام من إنشاء حقوق و إسقاطها ، و تحمل

التزامها ، و بغض النظر عن أطراف الالتزام ، و ظاهر من هذه التعاريف اعتداد بمحل الالتزام الذي يعكس النظرة الموضوعية و صداها [1] .

أما في القانون الوضعي فقد ظهرت البوادر الأولى لهذه الظاهرة إثر ظهور حركة علمية حديثة تنادي بنظرية جديدة للالتزام مؤداها أن الإرادة قادرة لوحدها إنشاء الالتزام،
و قد حمل لواء هذه النظرية في الفقه الحديث الأستاذ سقل (Siegel) و هو من أحد شراح القانون الألماني، بمناسبة انعقاد المؤتمر العالمي في منتصف القرن التاسع عشر سنة 1854 في مدينة Giessen)
(ببلجيكا، الذي اعتبر الالتزام بالإرادة المنفردة هو الأساس الوحيد لالتزام الواعد بجائزة، و من تم ضرورة وجوب الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بجانب العقد [2].

و لقد لاقت فكرته ترحيبا و قبولا و تأييدا لدى واضعي القانون الألماني سنة 1900 فقالوا بالإرادة المنفردة بجانب العقد [3] معتبرا بذلك أول تشريع وضعي إعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، إلا أنه لم يضعها في مرتبة واحدة مع العقد كقاعدة عامة، بل وضعها في مرتبة ثانية كمصدر استثنائي، فقد نصت المادة 350 من القانون المدني الألماني على أنه: " لإنشاء الالتزام لا بد من عقد يبرم بين ذوي الشأن، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

و قد حللت المادة بأنها قررت المبدأ العام لإنشاء الالتزام الإرادي فهو العقد، مستبعدين في ذات الوقت أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام، أما عبارة " ما

---

(1) د: علي فيلالي: المرجع السابق ص:7
(2) د: محمد تقية : المجع السابق .ص.46 .
(3) د: العربي بلحاج : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري . الجـزء الأول : التـصرف القانوني(العقد و الإرادة
المنفردة)ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية – ابن عكنون – الجزائر 1995 . ص. 328.

لم ينص القانون على خلاف ذلك "، فإن ذلك ينصرف إلى النصوص التي جعلت من الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام الإرادي، و هي المادة 657 الخاصة بالوعد بالجائزة الموجه للجمهور و المادة

793 الخاصة بالسند لحامله أما في فرنسا، فلم ياخذ بها إلا قلة من الفقهاء أمثال: (سالي ، جيني ، ديموج ، جوسران) [1] .

حيث أن هذه النظرية لم تلق تأييدا و قبولا عاما في الفقه الفرنسي حتى اليوم

ومرّد ذلك يرجع إلى أحكام القانون الروماني باعتباره المرجع التاريخي للقوانين اللاتينية و على رأسها القانون الفرنسي الذي تغذيه أفكار الفقه القانوني الفرنسي و التي لا تعترف إلا بالعقد مصدرا إراديا للإلتزام و يعتبر الأستاذ " تالير" زعيم الخصوم منذ أن قال عبارته المشهورة " إن الإلتزام بالإرادة المنفردة بناء على رمال متحركة ...... " ، حيث يظهر من مقولته هذه ، أن الإلتزام بالإرادة المنفردة ليس له أساس علمي و منطقي سليم يجعله يستند عليه حتى يتسنى أن يكون لها وجودا و اعترافا في عالم القانون[2] .

ثانيا : الإختلاف حول إمكانية إعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام

و هكذا نرى أن لظهور آراء جديدة ، تخالف الرأي الموحد و المستقر لعهود طويلة حيث كان العقد و لحقبة من الزمن المصدر الوحيد للإلتزام الإرادي، و على إثر ذلك برزت إلى الوجود نظريتان هامتان ، فالنظرية الفرنسية كما سبق الذكرفي الآثار القانونية المترتبة عن المذهب الشخصي في تصوره للإلتزام ، ترى أنه لا يمكن الإعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام ، ذلك أن الالتزام لا يمكن و بأي حال من الأحوال أن ينشأ إلا بتوافق إرادتين و هو العقد ، و هذه القاعدة كما سبق البيان ورثها القانون المدني الفرنسي من تقاليد القانون الروماني العتيق و القانون الفرنسي القديم ، و هي من الأمور المسلم بها فقها و قضاءا ، على خلاف النظرية الألمانية التي ترى أنه للإرادة المنفردة المكنة أو القدرة على أن تنشأ إلتزاما على عاتق صاحبها ، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه، لا بتوافق

---

(1) د: محمد تقية : المرجع السابق .ص.53 .

(2) أمظر أيضا الى افرادة لمنفردة د: محمد وحيد الدين سوار : شرح القانون الندني النظرية العامة للإلتزام الجزء الأول : مصادر الإلتزام مطبعة رياض دمشق سوريا 1980-1981 ص : 431

هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، مما يوحي معه على أن الإيجاب الصادر وحده ملزم و لا يمكن الرجوع عنه [1].

غير أنه ما نلاحظه بهذا الصدد أن القول بأن سبب أو مصدر إلتزام الشخص في المعاملات التعاقدية إرادته فيه قضاء على العقد ذاته إلى درجة أن يلغيه و يحل محله الإرادة المنفردة ، و هذا ما لا

يمكن إعتباره إلا من سبيل التطرف في أشد صوره ، ذلك أن للعقد مجاله و للإرادة المنفردة أيضا مجالها الخاص بها ، و لا يمكننا أن نفسر وجودها على حساب العقد من حيث مجاله و وجوده .

و تبعا لهذا الإختلاف الفقهي، فقد حاول كل جانب أن يدعم رأيه بحجج و أدلة و بالردّ على حجج و أدلة الطرف الآخر في ذات الوقت و إلى بيان هذا الجانب فيما يلي :

ثالثا : حــجــج و ردّ أنصــــار النــظريـــتين

1- حجج أنصار النظرية الألمانية

يستند أنصار النظرية الموضوعية الألمانية في اعتبارهم الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام على الحجج التالية :

أ- إن مقتضى سلطان الإرادة، هو قدرة الشخص أن يلزم نفسه بإرادته وحدها ، فهو حر أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون ، بل إنه و بعد أن أصبح مبدأ سلطان الإرادة حجر الزاوية في أغلب التشريعات المعاصرة ، حيث لم يبق ثمة مجال للتردد في التسليم لهذه الإرادة التي أصبحت سيدة أعمالها من أن تعطى لها كامل الحق في أن يترتب على نفسها ما شاءت من الالتزامات، بل العكس فإن سلطانها – كما يقول الأستاذ السنهوري - أشد نفاذا هنا في نظرية توافق الإرادتين و هو أقصى ما يصل إليه سلطانها و هذا بالنسبة للشخص الملتزم[2] .

---

(1)د: زهير الماريتي: المرجع السابق ص 268

(2)د : زهدي يكن : المرجع السابق ص : 287 .

أما بالنسبة للغير في نفس الفرض ، فإذا ترتب لهذا الأخير حق من جراء إلتزام الشخص بإرادته المنفردة ، و ليس ما يمنع ذلك و لو لم يشارك هذا الغير في إنشاءه و لم يرض به ، مادام أنه يتقرر لهذا الغير أن يرده ، و بالتالي لا يدخل في ذمته (1) .

إن القول بوجوب توافق إرادتين لنشوء الالتزام فهو لا يعدو أن يكون من بقايا و آثار الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة و الموروثة من تقاليد القانون الروماني ذات الطابع الشكلي ، حيث كانت الإرادة لا تنشأ أثرا قانونيا إلا إذا اقترنت و أفرغت في قوالب شكلية و طقوس معينة إلى أن اندثرت هذه الأشكال و لم يبق منها إلا النادر ، حيث توجب الوصول بهذا التطور إلى مداه و غايته الحقيقية ، و من تم القول بأن للإرادة السلطان حتى لو لم تقترن بإرادة أخرى .

ب - هناك صور عملية تعد مقتضى ضروريا للتسليم بأن الإرادة المنفردة مصدرا للإلتزام ، حيث أنها تساعد على تفسير كثير من الظواهر و الأوضاع القانونية التي لا يمكن تفسيرها و تأويلها إلا بالاعتماد على اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام و التي تجد تطبيقها النموذجي في الوعد بجائزة الموجه للجمهور.

ج- **:** إذا لم يكن بوسع و استطاعة المدين أن يلزم نفسه إلتزاما صحيحا بمحض و مجرد إرادته ، فيكون من باب أولى ، أنه ليس بإمكانه أن يلتزم بواسطة إرادة المتعاقد معه ، و على ذلك يتقرر الأصل بأنه لا يمكن القول بأن الإرتباط بين الإرادة و إرادة شخص آخر هو مصدر الإلتزام .

فالاعتراف بارتباط إرادة الشخص بإرادة شخص آخر كمصدر للإلتزام يقتضي منطقيا التسليم و الاعتراف بدور الإرادة المنفردة بقدرتها على أن تنشأ التزام على عاتق صاحبها ، و من ثم فالقول بأن عدم الاعتراف للإرادة المنفردة بقدرتها على إنشائها

---

(1) د:خليل أحمد حسن قدادة : المرجع السابق .ص.186

للإلتزام يؤدي بالضرورة إلى النتيجة و التي مؤداها عدم الإعتراف كذلك لتوافق الإرادتين – و هو العقد - بقدرتها على أن تكون مصدرا للإلتزام ، و بالتالي فإن النظرة الشخصية في نشوء الإلتزام تحمل في طياتها عوامل القضاء عليها و إلغائها عندما لا تعترف بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام .

2- ردّ أنـصار النظـرية الفرنسـية علـى النظرية الألمانية

أ- إن التسليم بنشوء الإلتزام في ذمة المدين بإرادته المنفردة لوحدها ، ما لم يترتب بالمقابل حقا في ذمة الدائن ، و لا تتقرر له هذه الصفة إلا برضاه ، فالإرادة الأولى تتمثل في إرادة الملتزم و هو المدين ، و الإرادة الثانية و هي إرادة صاحب الحق و هو الدائن ، و الذي ينشأ به الحق ، و بالتالي نكون أمام ما يسمى بالعقد و ليس أمام الإرادة المنفردة ، مما يستلزم القول أن الإدارة المنفردة لا يمكنها أن ترقى إلى مصاف مصادر الإلتزام إذ لا تعدو أن تكون جزءا من العقد في تبادل التعبير عن الإرادة ، و إن ظهرت أنها مصدرا فإن ذلك يكون ظاهرا فقط لا حقيقة قانونية قائمة و مستقلة بذاتها .

ب - إن الإعتراف بقدرة الإرادة المنفردة على إنشائها للإلتزام لوحدها ، يقتضي معه الإعتراف لها بالضرورة على قدرتها على إنهاء الإلتزام الذي أنشأته ، و تنسخ بذلك إرادة الانقضاء ، إرادة الإنشاء ، و بذلك يصبح إلتزام من إلتزام بإرادته المنفردة معلقا على محض إرادته ، فلا يثبت الإلتزام من خلالها ، حيث أن هذا يفرغه من محتواه و قيمته .

و بذلك لا يستطيع شخص أن يعول على الإيجاب الموجه إليه ، طالما أنه لا يعلم ما إذا كان الموجب سيبقى على إيجابه أم يرجع فيه ، و في غضون ذلك تظهر الحاجة لتدبر أمره بمنطق المصلحة و لغة الأرقام ، مما يترتب معه زعزعة الإستقرار و الثقة المشروعة التي تعتبر مقتضى ضروريا في التعامل[1] .
__ثالثا :__ إن نظرية الإرادة المنفردة مبينة على معطيات لا تتفق مع المنطق القانوني السليم في التعامل الذي يكون أساسه التعارض بين مصالح المتعاملين[2]، الأمر الذي يقتضي مفاوضات

1- د: زهدي يكن : المرجع اسابق ، ص : 276 .

2- د: محمد تقية : المرجع السابق ، ص : 49 .

و مناقشات بين الأطراف و أخذ ورد حيث لا يستقل أحدهما بالأمر دون الأخر مراعاة و تحقيقا لهذه المصالح المتعارضة، حيث تؤثر كل إرادة في الأخرى و تعدل في نحوها لحين تطابقهما

لينعقد بذلك العقد، في حين أنه يظهر في الإرادة المنفردة أن أحد المتعاقدين قد وزن الأمر قبل التعاقد، و قرر فيه بصورة نهائية معلنا عن إدارته طفرة واحدة و ما كان للطرف الآخر إلا القبول أو الرفض، وكأننا في معرض عقود الإذعان معدمين بذلك حرية الأطراف في التفاوض و تبادلهما لأطراف النقاش بغض النظر عن حاجة كل طرف إلى خدمة الآخر ، مع العلم أن الأطراف على قدم المساواة كما لا يبرر إنعدام هذا التفاوض من الناحية القانونية أو الإقتصادية [1].

3- ردّ أنصار النظرية الألمانية على ردّ أنصار النظرية الفرنسية

أ- إن النظرية الألمانية تعترف بالدين الموجود من غير دائن كونها أنها تنظر إلى الإلتزام نظرة مادية باعتباره علاقة بين ذمتين ماليتين أكثر من إعتباره رابطة شخصية ، و من تم يمكن تصور نشوء الإلتزام بغير دائن ما دام المدين موجود عند نشوء الالتزام ، و الدائن سيوجد حتما عند تنفيذه .

ب: أما القول بان الإرادة المنفردة إذا ما أنشأت إلتزاما يبقى معلقا ومرهونا على الملتزم به، فانه يجب التمييز بين أثّر الإرادة في العمل النفسي، و أثرها في الروابط الإجتماعية ، فالإرادة المعلن عنها و إطمئنان الغير لها بعد العلم بها ، فيثقون ثقة مشروعة فيها ، فيستلزم إحترام هذه الحالة الظاهرة حيث لا يمكن العدول عنها على وجه يؤدي إلى الإخلال بهذه الثقة المشروعة .

ج: إن القول أن الإلتزام بإرادة منفردة يتعارض مع فكرة العقد الذي يستوجب أن تسبق مرحلة مفاوضات في أخذ و ردّ ، و هذا ما يتقرر صحيحا من الناحية النفسية ، أما إجتماعيا ، فالإيجاب في مرحلة لاحقة يصبح باتا مع عدم تجاهل تأثير إرادة الطرف الآخر و تفاعلها معها لكنه يبقى مع ذلك منسوبا إلى إرادة من صدر منه و راضيا به على

---

1) د: زهدي يكن : المرجع السابق ،ص: 274 .

إعتبار أنها تحقق مصالحه الاقتصادية و لو أنه ليس بنفس الحجم الذي كان يرغب فيه ، و في هذه الصورة تتحقق النظرة الألمانية عندما تظهر الإرادة في صورتها النهائية الباتة و الجازمة و ليس للطرف الآخر

سوى إقرارها ، على أنه في بعض عقود المعاوضة ، يصدر أحد أطرافها إيجابا باتا و جازما كما هو الحال في عقدي البيع و الإيجار [1] .

يبقى القول هنا ، أن الإرادة المنفردة بالتصور المادي له مجال إعماله حسب المقتضيات العملية دون الحيلولة إلى التوسع في الوجود على حساب العقد الذي يعرف مجالا تطبيقيا واسعا إذ هو المصدر الكلاسيكي للإلتزام الإرادي البتة، فالتشريعات الحديثة لا تفصل بصورة تامة ومطلقة بين التصورين[2] و التطرف إلى أحدها دون الإستعانة ببعض مظاهر التصور الآخر خصوصا و أنه بمرور الزمن أظـهر تفاعل التصـورين و تكاملهما ، و قد عاملت التشريعات في هذا الـشأن العقد بإعتباره المـصدر الأصلي ، و الإدارة المنفردة بإعتبارها مصدرا ثانويا يقتصر على الحالات التي يقررها القانون صراحة و مثالها القانون الألماني نفسه بالرغم من أنه مهد النظرية

الموضوعية ومنبتها في القانون الوضعي ، إذ لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام ، بل أخذ بها على سبيل الإستثناء في حالات ذكرت حصرا كما قدم بيانه أما بالنسبة للفقه الفرنسي الرافض للإعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام ،و إن كان حسب بعض الفقهاء أن مرد الفقه الفرنسي في هذا الموقف إلى ما كان عليه الأمر في القانون الروماني، غير أن هذا الأخير بدوره كان يعرف صورا للإلتزام بالإرادة المنفردة في حال النذر للآلهة ، او لتبرع المدن ، و هذا ما يضفي نوعا من المرونة و الليونة على الإتجاه الشخصي الجامد و الصلد ذا الإفراط في الإعتداد بالعقد دون سواه كمصدر للإلتزام الإرادي ، و على إعتبار أن القانون الروماني - و تحت وطأة مستلزمات الحاجة العملية- إعترف في حالات معينة للإرادة المنفردة بقدرتها على إنشاءها للالتزام، مما لا

(1) د: محمد تقية : المرجع السابق ص.50-51.

(2) د: عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص: 283.

المنطق القانوني السليم و مجافاة له ، و من ثم إمكانية التعايش الفكري إن صح التعبير – بين التصورين الشخصي و الموضوعي في نشوء الإلتزام .

الفرع الثاني : جـــواز انتـــقال الالـــــتزام

إن النظر إلى الإلتزام نظرة مادية يختلط فيها بمحله حيث الإعتبار بالقيمة الإقتصادية له [1] على أنه علاقة ذا قيمة مالية تتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين يقوم به المدين [2] منفصلا عن أشخاصه، أمكن معه تصور انتقال الالتزام سواء كان هذا الإنتقال في الجانب الإيجابي ،و هي تلك القيمة التي تضاف إلى ذمة الدائن،

و تمثل حقا في جانبه ، و هذا ما يعرف بحوالة الحق و تحقق أغراض شتى، أو تصور إنتقال الإلتزام في جانبه السلبي ، و هو ذلك الأداء ذا القيمة المالية الذي تلتزم به ذمة المدين ، و هذا ما يعرف بحوالة الدين.

أولا :حــوالة الحــق

تعريف حوالة الحق :

من ميزات المذهب المادي في الإلتزام تجريد هذا الأخير عن أطرافه، مما يسمح بتصور حلول شخص محل الدائن في حقه، دون أن يترتب على ذلك انقضاء الحق القديم، و نشوء حق جديد، و يتم ذلك بتجديد الالتزام بتغيير الطرف الدائن، و الأداة القانونية في ذلك ما يعرف بحوالة الحق و هي اتفاق يبرم بين الدائن المحيل و شخص أخر و هو المحال إليه، على إثره ينتقل حق الدائن إلى الشخص المحال إليه، فيحل هذا الأخير محل الدائن في ذات الحق المنقول له و توابعه و ضماناته في مواجهة المدين المحال عليه [3]، أي أنها عقد بمقتضاه ينقل الدائن ماله من حق قبل المدين إلى شخص آخر من الغير

---

(1) د: طلبة وهبة خطاب: أحكام الإلتزام بين الشريعة الإسلامية و القانون . الطبعة الأولى . دار الفكر العربي 1981 .ص.221 .
(2) عبد الناصر توفيق العطار : المرجع السابق .ص.9.
(3) د: خليل أحمد حسن قدادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري . الجزء الثاني أحكام الإلتزام ديوان المطبوعات الجامعية – ابن عكنون – الجزائر –1990 ، ص.184-185.

يصبح دائنا مكانه [1] فإذا كانت الحوالة دون مقابل ثمن نقدي كانت تبرعا، و يتم بهذا الصدد إعمال أحكام عقد الهبة شكلا و موضوعا، أما إذا حول الدائن حقه إلى الغير في مقابل ثمن نقدي، فإن الحوالة تكون قد

استكملت كافة الخصائص المكونة لعقد البيع ، فينطبق عليها أحكام البيع بالإضافة إلى القواعد العامة المنظمة لعقد الحوالة [2] .

الأهداف البارزة التي تحققها حوالة الحق

لقد سبق القول أن التطور الإقتصادي الذي شهده العصر الحديث كان من أهم العوامل التي ساعدت على إنتشار أفكار المذهب المادي و منطقة القانوني ، و أفرز عنه إمكانية حوالة الحق سواء بمقابل أو دون مقابل ، و ذلك تحقيقا لأغراض متعددة نبرز أهمها فيما يلي :

__أ/:__ لما كان الإلتزام يمثل حقا ماليا يخضع للتقدير المادي، و مرتبط بالذمة المالية باعتباره عنصرا منها، فقد تدفع الحاجة العاجلة إلى سيولة نقدية، دون أن يحل أجل الاستحقاق للوفاء بهذا الحق في مواجهة الذمة المشغولة بهذا الدين، فيحال هذا الحق عندئذ إلى ذمة أخرى في نظير ثمن عاجل يكون عادة أقل من قيمة الحق الثابت في الذمة.

فمن جهة، المحال له بهذا العمل يكون قد قام بعمل من أعمال الاستثمار، حيث أنه سيحصل على اكثر من قيمة ما دفعه للدائن المحيل آن الإستحقاق.

و من جهة أخرى، فهذا الأخير يكون قد دبر أمره للحصول على سيولة نقدية لسد حاجياته الآنية و المستعجلة، بل تظهر الحاجة في ذروتها عندما يتعلق الأمر و يكون مرهونا بعسر الدائن المحيل إذ لم يوف بدين حال الأداء قد يؤدي به لشهر إعساره، و إن تدبير هذه السيولة النقدية من شأنها إتقاء الدائن أثار شهر إعساره، و من هنا تظهر الفائدة العملية لحوالة الحق التي تخضع لنظم الحق العيني عند التصرف فيه تصرفا ناقدا للملكية من أجل تداول القيم الإقتصادية بين الأشخاص .

(1) د: عدنان طه الدوري :أحكام الإلتزام و الإثبات في القانون المدني الليبي ، الطبعة الثانية ، منشورات الجامعة المفتوحة .1995 .ص.142 (2) د: محمد حسينين : الوجيز في نظرية الإلتزام – مصادر الإلتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري . الشركة الوطنية للنشر

و التوزيع . طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية و حدة الرغاية – الجزائر .ص.332.

- د : رمضان أبو السعود : أحكام الإلتزام دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 1998 ص : 732 .
- د : نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص: 253 .

__ب/:__ و قد تنطوي الحوالة على نوع من أنواع المضاربة ، و صورة ذلك ما إذا كان الدائن لا يعير إعتبارا أو ثقة في المدين ، و بالتالي الريب في حصوله على حقه كاملا ، فيعمد الدائن ليحيل حقه بمقابل إلى شخص

آخر ، و لكن بقيمة أقل من القيمة الثابتة في ذمة المدين بأمل المحال إليه أن يقتضي كل الحق من المدين مع تحقيق ربح .

ج/ : قد تقوم الحوالة مقام الوفاء بمقابل إذا تمت على أساس أن الدائن يوفي بدين يشغل ذمته لصالح المحال عليه ، و بذلك تتحقق الصورة الثانية مع ربح للوقت و تفادي مطالبة الدائن لمدينه الأصلي مما يخشى معه عدم اقتضاءه لحقه كاملا و ما يقتضي ذلك من اتباع إجراءات معينة لتحصيل دينه [1] .

ثانيا : حـوالـة الديــن

1 - تعـريف حـوالــة الــديــن

على غرار إمكان تصور إنتقال الإلتزام بعمومه ، تتقرر القدرة على حلول شخص محل المدين في الإلتزام و ذلك عن طريق حوالة الدين دون أن يترتب عن ذلك إنقضاء الدين القديم و نشوء دين جديد.

و حوالة الدين لم تقرها جميع القوانين المعاصرة ، كالقانون المدني الفرنسي و إن كان قد أجاز حوالة الحق ، و السبب في ذلك يرجع لإعتناقه للمذهب الشخصي والتي تعقد رباطا وثيقا بين الإلتزام في قيامه بأطرافه وعلى وجه الخصوص الطرف المدين .

وتتم حوالة الدين باتفاق بين المدين و شخص آخر يتحمل عنه الدين ، حيث ينتقل الدين من المدين إلى غيره فيحل هذا الأخير محل المدين بالدين و جميع ملحقاته [2]

دون ان يؤدي ذلك الى نشوء علاقة إلتزام جديدة بدين جديد ، بل أن كل مافي الأمر حلول مدين جديد محل مدين أصلي و منه يفترض في حوالة الدين أطرافا ثـلاثـة: المحـيل

د: خليل حسن أحمد قدادة : المرجع السابق .ص.186-187.

- د: نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص :253

(2) د: عدنان طه الدوري : المرجع السابق .ص.157.

(المدين الأصلي) و المحال عليه (المدين الجديد الذي يستحمل الدين عن المدين)
و الدائن صاحب الحق.

2- الأغراض الهــامة التــي تحـقـقها حــوالــة الديــن

أ : إذا أراد أحد المقاولين النزول عن المقاولة لمقاول من الباطن (فرعي)، فليس له إلا أن ينتهج حوالة الحق فيما يتعلق عن حقوقه ، و حوالة الدين بالنسبة للإلتزامات التي يتحملها ، و المترتبة عن عقد المقاولة

ب: إذا ما اتصلت بالمتجر بعض الإلتزامات باعتباره مجموعا ماليا ، فإن انتقاله إلى شخص آخر ، سيؤدي إلى إنتقال هذا المجموع في جانب الحقوق بواسطة حوالة الحق ، وفي جانب الإلتزامات بحوالة الدين.

ج : عند شراء أحد الأشخاص لعقار مثقل بحق عيني تبعي متمثل في رهن فالبائع يظل مسؤولا شخصيا عن الدين بالرغم من إنتقال العقار الضامن من ذمته إلى ذمة المشتري، وتكون الرغبة هنا إنتقال الدين مع العقار المرهون لهذا الدين إلى المشتري و يتحقق ذلك عن طريق حوالة الدين (1) .

الفرع الثالث : جــواز الإشتــراط لمصلـحة الغـير و التعـهد عن الغير

و بخاصة عندما يؤمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده الذين لم يطأون هذا الوجود بعد ، وقت نشوء الإلتزام عند إبرام عقد التامين ، ففي هذه الحالة نشأ الإلتزام بوجود المدين و هو المؤمن دون وجود الطرف الدائن هم الأولاد الذين سيولدون للمؤمن له فيما بعد ، ولا يمكن تفسير هذا إلا بمنطق المفهوم المادي للإلتزام الذي يجيز نشوء الإلتزام بطرف واحد و هو لا يمكن أن يكون سوى الطرف المدين ، وعند تنفيذ الإلتزام يصبح وجود الدائن ضروريا بالإقتضاء بفعل تحقق واقعة ميلاد الطفل حيا في هذا الفرض ، و من ثم استحقاقه لمبلغ التأمين من المدين المؤمن الذي يؤديه له .كما يمكن أن

---

(1) د: خليل احمد حسن قدادة : المرجع السابق-الجزء الثاني- .ص.202. 203

- د : نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ص : 273 .

- د : رأفت محمد حماد ود: محمود عبد الرحيم الذيب : الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات الجزء الثاني أحكام الإلتزام دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 1997 ص : 281 .

يتعهد شخص مع آخر بأن يقوم شخص من الغير مع هذا الأخير بتصرف قانوني معين، مع ترتيب بعض الآثار القانونية في حالة عدم تمكن المتعهد من إقناع الغير بالقيام بما

تعهد به تجاه الشخص و هذا ما سنراه في تطبيقات المذهب المادي في القانون المدني الجزائري فيما بعد.

الفرع الرابع : الإعـتداد بالمعـيار المادي في تنفـيذ الإلـتزام

إذا كانت الأهمية في الإلتزام لمحله الذي ينفك عن أشخاصه ، حيث أنه عبارة عن قيمة مالية قابلة للتقدير المادي ، فإنه و تبعا لذلك ، فإن المعيار في تنفيذ الإلتزام هو معيار مادي ، فالمعاملات يجب أن تكون قائمة على أساس التساوي في تبادل القيم الاقتصادية بغض النظر عن الإعتبارات الشخصية و النفسية لكل متعاقد ، فالعبرة بالتفاوت بين القيمة المادية للإلتزامات لكل من المتعاقدين ، وهذا هو ما يعرف بالغبن ، و هو عيب قائم بذاته ، و هذا التفاوت هو المعول عليه كمعيار للغبن .

ففي حالات الغبن ليس للقاضي سلطة تقديرية لتقرير ذلك من عدمه ، فهو يتقيد بالمقدار الحسابي الذي يتولى المشرع تحديده بدقة ، و ما على القاضي إلا إجراء مقارنة حسابية لتقرير ما إذا كان فرض الغبن محققا لترتيب الأثر القانوني و المتمثل في تكملة الثمن حفاظا و إستقرارا للمعاملات التي أنشأت مراكزا و أوضاعا قانونية و إقتصادية معينة كما أن نظرية الغبن أخذت تتسع في القوانين الحديثة بخلاف ما كانت توجبه النظريات الفردية بترك الفرد حرا في تعاقده يلتزم به مهما لحقه من غبن [1] ذلك أن تطور المجتمع من الناحية الإقتصادية أفرز حقائق جديدة منها عدم المساواة بين أشخاص المجتمع على أكثر من صعيد، حيث أصبح الأقوياء يملون و يفرضون شروطهم المجحفة في حق الضعفاء المتعاقد معهم و الذين لا يجدون – تحت وطأة الحاجة الماسة و الإضطرار – أنفسهم إلا مرغمين على الإنصياع و الرضوخ لتلك الشروط التي تتضمن غبنا فاحشا في حقهم .

---

(1) د: زهدي يكن : المرجع السابق .ص.71.

كما أن النمو الإقتصادي أفرز وضعا مظهره إحتكار السوق من قبل الخواص، الأمر الذي دفع بأصحاب المذهب الفردي للتنديد بمظهر اللامساواة العقدية ، في حين ذهب أنصار المذهب الاجتماعي للقول بضرورة إقامة عدالة جديدة في المجتمع ، أساسها أولوية حماية المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة، و ما ينبثق عنه من أولوية إستقرار المعاملات عن مصلحة المتعاقد ، و معالجة الاختلاف الاقتصادي خاصة بين طبقات المجتمع و الذي تمخض عن النمو الإقتصادي، مما نتج عنه تغييرات على قواعد العقد و أبرزها في هذا السياق تقليص الحرية التعاقدية بطرق مختلفة بفرض مضمون العقد ، و إقرار سلطة القاضي في تعديل العقد تحقيقا للعدالة الإجتماعية [1] .

الفرع الخامس : الاعتداد بالإرادة الظاهرة :

يتميز القانون الألماني عن القوانين اللاتينية بأن نزعته موضوعية (Objectif)لا ذاتية (Subjectif)فهو يقف عند التعبير المادي للإرادة [2]، و لا يجاوزه إلى الإرادة ذاتها و هي تختلج في الضمير ، و من باب أولى لا يتقصى الإرادة بما صدرت عنه من دوافع نفسية و بواعث ذاتية ، فالباعث على التعاقد ما لم يكن جزءا من التعبير عن الإرادة لا يعتد به ، و من ثم لا يعرف القانون الألماني نظرية للسبب تضارع النظرية الذاتية الموجودة في القوانين اللاتينية . فالإرادة و طرق الكشف عنها و العيوب التي تشوبها و البواعث التي تدفعها، كل ذلك ينحصر في شيء واحد هو التعبير عن الإرادة، ففي هذا التعبير –لا في غيره – يجب أن نتلمس كل شيء.

و يجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس و المظهر الخارجي للتعبير عنها، أما الإرادة الكامنة في النفس فهي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين، و ما دامت الإرادة عملا نفسيا ، فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، و لا يعلم بها غيره إلا إذا عبّر عنها يأخذ مظاهر التعبير ، فالإرادة الكامنة في النفس هي الإرادة الباطنة ، و مظهر التعبير عن هذه الإرادة هو الإرادة الظاهرة.

---

(1) د:علي فيلالي: المرجع السابق ص 24،23 .

(2)د: عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق (مصادر الإلتزام ص : 275)

و إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادامتا متطابقتين، أما إذا إختلفتا -فالقاعدة المعروفة في القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هي التي يؤخذ بها، و لكن الفقه الجرماني يأخذ بالإرادة الظاهرة، و من هنا إختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد، كما إختلفتا في الالتزام، و في نظرتهما العامة للعلاقات القانونية، فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية، و الأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية فإذا اقتصرنا على العقد، رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الظاهرة.

و نظرية الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوي عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الإرادة، فليس إلا قرينة بسيطة عليها تقبل إثبات العكس، فإذا قام الدليل من جهة أخرى على أن المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية، فالعبرة بهذه لا بذاك و إذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم، فما على القاضي إلا أن يتعرف عليها عن طريق الإفتراض ، فالإرادة الحقيقية أولا ، و إلا فالإرادة المفترضة ، و لكنها حقيقية كانت أم مفترضة هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش و لا بإكراه ، و لا بغلط .

و في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق و خلصوا من بحثهم إلى أن الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس، و الإرادة التي تنتج أثرا هي الإرادة في مظهرها الإجتماعي، لا في مكمنها و هي تختلج في الضمير، و لا تأخذ الإرادة مظهر إجتماعيا إلا عند الإفصاح عنها، فالعبرة بهذا الإفصاح، إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به و أن يرتب أحكامه (1)، فالمظهر الخارجي للإرادة هو الذي يعتد به قانونا و يكون محل حماية من هذا الأخير، و إن القول بهذا يترتب عنه نتائج هامة:

---

(1) د: عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي – الجزء الرابع : الطبعة الثانية الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية. .ص.33. 34.

أولا: الغــلط لا يعــد عـيــبا مــن عــيوب الــــــرضا

إن الغلط هو توهم نفسي داخلي يجعل الشخص يعتقد الأمور على غير حقيقتها ، فيدفعه للتعاقد بواسطة إرادة ظاهرة و تكون هذه الأخيرة محل اعتبار و حماية قانونية ، فإن الإرادة الباطنة التي وقعت في غلط لا يعتد بها قانونا ، و من تم لا مجال للقول بأن الغلط يعيب الرضا .

ثانيا : عــدم تــأثر الإرادة المعـبر عـــنها في حالـــة موت صاحبها أو فقدانه لأهليته

فمتى عبّر الشخص عن إرادته ، فإن هذا التعبير القانوني يستقل عن صاحبه و يصبح له وجود قانوني قائم بذاته، و له مكنة ترتيب أثار قانونية على الرغم من موت الشخص الذي صدر منه التعبير أو فقد أهليته ، و في هذا فصل بين الشخص مصدر التعبير و التعبير ذاته الذي يعترف به في عالم القانون و يرتب أثارا قانونية .

ثالثا : تـــقيد القاضــــي و الأطـــــراف بالعبــــارات الصــــريحة فـــي العـــقد

مادام أن التعبير الصريح يعتبر تجسيدا للإرادة الظاهرة التي يعتد بـها الـقانون و يحميها ، و إن هذا التعبير المتبادل قد جاء في صورة صريحة(في شكل كتابي) ، و بذلك يعتبر قانونا خاصا للمتعاقدين يلتزمان به إذ العقد شريعة المتعاقدين و يلزم في ذات الوقت القاضي الذي يتعين عليه في حالة النزاع تطبيق هذا القانون الخاص ذات العبارات الصريحة دون اللجوء للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أو الرجوع إلى الظروف المحيطة و الملابسة بالتصرف القانوني[1].

1- د : علي فيلالي : المرجع السابق ، ص : 25-26 .

كل من المدين الأصلي و المدين الجديد لإبرامه، و يعتبر العقد مرتبا لكافة آثاره بينهما، حتى و لو رفض الدائن الحوالة ، حيث تنص المادة 253 من القانون المدني الجزائري على أنه :

" مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب. "

غير أنه لا تنفذ الحوالة في حق الدائن إلا إذا أقرها هذا الأخير حيث تقرر المادة 252 من نفس القانون في فقرتها الأولى على أنه: " لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها " ، و عليه ، فإن الحوالة لا تنفذ في حق الدائن إلا إذا أقرها و بالتالي ، تبقى محصورة بين المدين الأصلي و المدين الجديد ، مع الإشارة أن إقرار الدائن قد يكون صريحا ، كما يمكن أن يكون ضمنيا مادام أن صياغة المادة المذكورة أعلاه قد جاءت عامة، و الإقرار الضمني هو الذي يستفاذ من كل عمل يقوم به الدائن تجاه الحوالة ، كان يستوفي الدين كله أو جزء منه من المحال عليه ، دون تحفظ بعد أن يكون قد علم بالحوالة ، أو مطالبة المحال عليه بالدين ، أو منحه إياه أجلا للوفاء[1]

و تنعقد حوالة الدين إما بإتفاق المدين الأصلي و المدين الجديد (المحال عليه) ، و إما بإتفاق الدائن و المدين الجديد ، بأن يحل هذا الأخير محل المدين السابق ، فأحد طرفي الحوالة هو حتما المدين الجديد ، و الطرف الآخر هو إما المدين الأصلي السابق أو الدائن.

-أ- انعقاد الحوالة باتفاق المدين (المحيل) و المدين الجديد (المحال عليه): [2]

إذا كانت الشرائع التي أجازت حوالة الدين تجمع على أن الدائن إذا كان قد قبل مدينا معينا فإنه قد لا يقبل مدنيا آخر بدله ، و لا جبر عليه ، إذا لا بد من قبول الدائن ، غير أنها اختلفت في أثر هذا القبول ، فبعضها يجعل الحوالة المنعقدة بين المدنيين من قبيل العقد الموقوف إن أجازها الدائن نفذت بأثر رجعي أي من وقت انعقادها ، و إذا لم يجزها إعتبرت كأن لم تكن، و زال أثرها بين العاقدين و هذه هي نظرية الفقه الإسلامي، غير أن بعض التقنينات الأخرى التي أجازت حوالة الدين ، جعلت الحوالة كعقد نافذة في حق طرفيها فيما بينهما ، و لو لم يجزها الدائن و لو رفضها كذلك [1]، و إقرار الدائن ليس إلا شرطا لنفاذها في حقه .[2]

فالرفض يمكن أن يكون صريحا، أو ضمنيا، و قد يعتبر السكوت من جانب الدائن رفضا للحوالة [3]

ب- إنعقاد الحوالة بإتفاق الدائن و المدين الجديد المحال عليه

---

[1]خليل أحمد قدادة: المرجع السابق ص520

- [2]أنظر المادة 253 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري

1أنظر المادة 253 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري

أنظر المادة 255 من القانون المدني الجزائري.

3- أنظر المادة 252 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري

و في هذه الحالة لا تلزم موافقة المدين الأصلي ، لأنه يجوز للأجنبي أن يوفي بدين المدين الأصلي دون رضاه ، و له أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الإثراء بلا سبب و إذا تمت الحوالة دون رضا المدين الأصلي ، فإن هذا الأخير لا يكون ملزما بضمان يسار المحال عليه بخلاف ما إذا تمت بموافقته ، فإنه يكون ملزم بهذا الضمان[4]، و يكون رجوع المدين الجديد على المدين الأصلي بما وفاه طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب إذ لا يوجد عقد بينهما [4]فلامجال لإعمال قواعد المسؤولية العقدية بهذا الصدد.

جـ) آثار حـــوالة الديـــن

نبحث أثار حوالة الدين في علاقة الدائن بكل من المدين الجديد، و علاقة المدين السابق و الجديد ببعضهما في النقاط التالية:

ج1: في علاقة الدائن بالمدين الجديد:

يحل المدين الجديد محل المدين السابق في نفس الدين بضماناته و دفوعه ، كما كان الشأن بالنسبة للمدين الأصلي إزاء الدائن و ذلك من تاريخ انعقاد الحوالة، و مؤدى هذا أن الدين الذي يلتزم المحال عليه بأدائه قبل الدائن، هو عين الدين الذي كان مترتبا في ذمة المدين الأصيل الذي إلتزم شخصيا في مواجهة الدائن ، و برأت منه هذه الذمة بالحوالة .

و في هذه الحالة تختلف الحوالة عن التجديد ، فالأولى ينحصر أثرها الرئيسي في إبدال شخص المدين على نقيض ما يجري بشأن الثاني، و يقع الاستخلاف على الدين بالحالة التي يكون عليها وقت الحوالة، و لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته، فمن الطبيعي أن يظل ما يتبع هذا الدين من ضمانات في صورة تأمينات ملحقا به.[1] و سواء كان التأمين شخصيا أو عينيا، فإن المشرع المدني الجزائري يشترط موافقة الكفيل على الحوالة في الأولى، كما يستلزم أيضا موافقة الكفيل العيني إذا كان مكفولا بكفالة عينية أي برهن مقدم من الغير.

كما أن الدين ينتقل إلى المدين الجديد بدفوعه المتعلقة بالدين محل الحوالة كالدفع بالبطلان، و عدم مشروعية السبب أو المحل أو بإنقضاء الدين بالوفاء أو الإبراء()، و الغبن و عيوب الرضا، و إستحالة التنفيذ، و التقادم[2] ، و للمدين الجديد أن يدفع ببطلان عقد الحوالة ذاته أو بعدم تنفيذ المدين الأصلي

-4د: محمد حسنين : المرجع السابق ص: 337

– [1] د : أحمد محمد إبراهيم: المرجع السابق ص: 310.

[2]د: محمد أحمد إبراهيم : المرجع السابق ص..311

لالتزاماته في عقد الحوالة أي لما إلتزم به كمقابل للحوالة نحو المدين الجديد.[3] وعلى نقيض ذلك،لا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص الأصيل، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق في الحبس.

ج2: في علاقة الدائن بالمدين السابق :

إن إقرار الدائن للحوالة يستتبع براءة ذمة المدين الأصلي و إحلال المحال عليه، بيد أن حكم هذه البراءة لا يجرى على إطلاقه، فإذا أقيم الدليل على أن المحال عليه كان معسرا عند إنعقاد الحوالة ، و أن الدائن كان يجهل هذا الإعسار، فلا تبرأ ذمة المدين الأصلي في هذه الحالة و تسري هذه القاعدة من باب أولى متى كان هذا الجهل راجعا إلى تدليس أو إلى عيب آخر من عيوب الرضا[4]

جـ-3: في علاقة المدينين ببعضها

إذا وفى المدين الجديد للدائن، فإنه يكون قد أدى إلى المدين الأصلي إلتزاما بقدر قيمة الحوالة، و يجوز أن يكون قصد المدين الجديد إما إقراض المدين الأصلي هذه القيمة أو الوفاء بدين عليه للمدين الأصلي أو التبرع له بهذا الحق،و لا يمكن بأي حال من الأحوال لأن يطالب المدين الأصلي المحال عليه بالوفاء للدائن مادام لم يقم بما إلتزم به نحو المحال عليه بمقتضى الحوالة، مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرار أو رفضا.[1]

الفرع الــثاني : فــي الغــبن

لقد أعتد المشرع الجزائري بالغبن بإعتباره مظهرا من مظاهر الإعتداد بالمعيار المادي في تنفيذ الإلتزام في حالات خاصة[2] ، فنص في المادة 358 من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه : " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فا للبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل "حيث يظهر من نص هذه المادة أن المشرع عمد إلى تعيين مقدار حسابي يتعلق بالتفاوت بين قيمة العقار وقت البيع، و المبلغ النقدي الذي تحصل عليه البائع من البيع، و الفارق هو ما زاد عن الخمس و تبعا لذلك حق للبائع المطالبة بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .[3] و على اعتبار أن المادة 415 من نفس القانون المتعلقة بالمقايضة قد أحالت على تطبيق أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، و اعتبارها لكل من المتقاضيين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايض عليه، فإنه يتم إعمال نفس القاعدة المتعلقة بالغبن في بيع العقار التي تضمنها المادة 415 السالفة الذكر في حالة المقايضة إذا كان فيها الشيء المقايض عليه يتضمن غبنا بالنظر إلى قيمة الشيء المقايض من الطرف الآخر حيث يزيد مقداره عن الخمس و ترتيب نفس الأثر المذكور آنفا.و كذلك الأمر في المادة 372 التي تقرر نفس الحكم في فقرتها الأولى التي تنص

- [3]أنظر المادة 256 من القانون المدني الجزائري.
[4]أنظر المادة 255 من القانون من القانون المدني الجزائري.
1 -المادة 253 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري
2 -د: علي علي سليمان : المرجع السابق صفحة9
3 -د: علي فيلالي المرجع السابق ص : 93و95.

على أنه "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة."

الـفـرع الثـالث : في بـقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقدانه للأهلية

المبدأ المقرر في النظرية التقليدية الفرنسية أن موت أي من الطرفين أو فقده الأهلية قبل انعقاد العقد، يحول دون انعقاد العقد، و ذلك على أساس ضرورة توافق الإراديتين وقت تمام العقد، و إرادة الشخص لا يكون لها وجود بعد موته و لا يعتد بها القانون إذا فقد أهليته .

وفي هذه النظرية تغليب للإدارة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها، و تزول بفقده لأهليته، و ذلك بعكس المذهب المادي في الفقه الألماني الذي يجعل للتعبير وجودا ذاتيا لا يتأثر بموت موجهه أو الموجه إليه، ولا بفقد أهلية أحدهما [1]و قد تأثر المشرع الجزائري بالمذهب المادي في هذا الجانب استجابة للمقتضيات الإقتصادية المختلفة، حيث تقضي المادة 62 من القانون المدني الجزائري أنه: " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند إتصال التعبير بعلم من وجه إليه، و هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"، و أساس الحكم الوارد في المادة 62 من السالفة الذكر هو النظرة الحديثة المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي انطلاقا من النزعة الموضوعية، وقد قلدت القوانين الحديثة كالتشريع الألماني و الإنجليزي الشريعة الإسلامية في هذه النزعة التي لم يعرفها القانون الفرنسي .[2]هذا، و لقد نص المشرع الجزائري على عدم انقضاء الإيجار بموت المستأجر على أن يكون لورثته الحق في إنهائه، طبقا للمادة510 من القانون المدني الجزائري، وهو حكم مستمد من الفقه الإسلامي لا يعرفه القانون الفرنسي، في حين أخذ به التشريع السويسري في المادة 270 من القانون المدني، و كذا القانون المدني الألماني في مادته 569، وهو ما حكمت به المحكمة العليا في إجتهادها القضائي الذي استقر على أن عقد الإيجار لا ينتهي بأي حال من الأحوال بموت المؤجر أو بموت المستأجر[3] و بعد أن إستعرض أبرز تطبيقات المذهب الموضوعي في القانون المدني الجزائري، و التي جاءت استجابة للضرورات العملية لما يشهده العصر الحديث من تطور اقتصادي هائل، و المتواجدة في نصوص متفرقة في القانون المدني الجزائري ، فإن الأخذ بهذه التطبيقات العملية للمذهب المادي الذي يختلف عن تصور المذهب الشخصي لعلاقة الالتزام الذي اعتنقه المشرع الجزائري مبدئيا، لا يعني البتة أن هناك تناقضا أو مفارقة في الجمع بينهما، فليس ما يمنع منطقيا أو قانونيا الأخذ بهما معا لتكاملهما و وحدتهما موضوعا ، حيث يبقى الالتزام رابطة شخصية لا يمكن أن تقوم بأي حال من الأحوال دون وجود

---

1 : -د : العربي بلحاج: المرجع السابق ص: 65.

2 :د : علي علي سليمان: الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون الجزائري، مجلة الفكر القانوني 1984 العدد الأول ص: 134.

3 -نظر قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 1982/02/13 الملف رقم:24028، المنشور في نشرة القضاة سنة 1985 العدد الثالث، ص:70.

الطرف المدين على الأقل ، على أن يتحدد الطرف الدائن عند تنفيذ الالتزام ، و هده الرابطة تنصب على محل مالي معين يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين.

المراجع

أولا: باللـــــغة العـــربـــيـــة

أ- المراجـــع العــــامــــة

1-د : ابراهيم ابو النجا : محاضرات في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجــزائـر ، 1982.

2- د: أبو زهرة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الجزء الثاني.

3- د : أحمد سلامة : مـذكرات في نظـرية الالتزام ، دار المعارف، مصر ، الطبعة الاولى،

.1975

4- د: احمد شوقي محمد عبد الرحمان : مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بإرادته المنفردة دار الفـكــر العربي مصر 1981.

5- د: احمد محمد إبراهيم : القانون المدني معلقا على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأعمال

القضاء وأراء الفقهاء: دار المعارف القاهرة مصر الطبعة الأولى

.1966

6 – د: احمد محمود سعد : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية ،

القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 1988.

7 – د: أنور سلـــطان : النظرية العامة للالتزام الجزء الأول الطبعة الثانية ، 1958.

8- د:أنور طلبة : الوسيط في القانون المدني الجزء الأول المكتب الجامعي الحديث طبعة، . 2001

9- د: العربي بلحاج: النـــــظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول

التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة. ديوان المطبوعات الجامعية

الساحة المركزية ابن عكنون الجزائر 1995.

10- د: بـدران أبو العينين بدران: الشـريعة الإسلامية تاريخها ونظرية العقود دار المعارف

الإسكندرية مصر الطبعة الأولى 1983.

11- د: بدران أبو العينين بدران: الميراث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون. الجزء الأول دار المعارف الإسكندرية مصر الطبعـة الأولـــى 1985.

12- د :جاك غستان (ترجمة : منصور القاضي) : تكوين العقد (المطول في القانون المدني)، المؤسـسة الجـامعـية للدراسات و النشر والـتوزيع ، بيروت لبنان، الطبعة الاولى ، 2000.

13- د : جلال علي العدوي : مصادر الالتزام، الدار الجامعية، مصر، 1994.

14- د : جلال علي العدوي : أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 1997.

15- د: جميل الشرقاوي : النظـرية العامـة للالتـزام. دار المعـارف الإسكندرية

مصـر، الطبعة الأولـــى 1975.

16- د: خلـيل احمد حسن قـدادة: الوجـيز فـي شـرح القانون المدني الجزائري مصادر

الالتزام الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية ابن عكنون الجـزائر 1994.

17- د: خليل احمد حسن قـدادة: الـوجيز في شرح القانون المدني الجزائري أحكام

الالتزام الـجـزء الثـاني ديـوان المطبوعات الجامعية ابن عكنـون الجـ ـزائـر
.1990

18- د: رأفت محمد حماد، د: محمود عبد الرحيم الذيب : الوجيز في النـ ـظرية
العامـ ـة
للإلتزامات، الجزء الثاني : أحكام الإلـتزام، دار الجامعة الجديدة
للنشر، الاسـ ـكندريـ ـة،مـ ـصر ، 1997.

19-د: رضا متـولي وهـ ـدان: تجـديـد الالتزام الجزء الأول دار الجامعة الجديدة
للنشر
الطـبـعـة الأولـ ـى 1999.

20- د : رمضان أبو السعود : أحكام الالتزام ،دار المطبوعات الجامعية، ، مصر 1998.

21- د: زهدي يكن: شرح قانون الموجبات والعقود المجلد الأول منشاة المعارف
الإسكندرية
مـ ـصر الطبـعة الثـانـيـة.

22- د: زهير الماريتي: الوجيز في نظرية الالتزام مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية
جامعة
حـلـب سـوريا الـطبـعـة الأولـى 1966-1967.

23- د: سليمان مر قس: الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد
والإرادة
المـنـفـردة المجـلـد الأول دار الكـتـاب الحـديث 1985.

24- د : سمير عبد السيد تناغو، د: محمد حسين منصور، القانون و الإلتزام، دار
المطبوعات
الجامعية، الاسكندرية، مصر ، 1797.

25- د: صوفي أبو طالب : أبحاث في ميدان سلطان الإرادة في القانون الروماني، 1964.
26- د: طلبة وهبة خطاب: أحكام الالتزام بين الشريعة السلامية والقانون دار الفكر العربي
جـ ـواد حسـني القـاهرة مصـر الطبعة الأولى 1981.
27-د : عبد الحكم فودة : إنهاء القوة الملزمة للعقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،
مصـ ـر ، 1993.
28- د: عبد الحي حجازي: مصـادر الالتزام الجـزء الـثاني دار الفكر العربي مصر طبعة
1954.
29- د : عبد الرحمان جمعة الحلالشة: بيع ملك الغير، دراسة مقارنة، دار وائل للطباعة و
النشر ، الاردن ، الطبعة الاولى ، 1998.
30- د : عبد الرحمان حمدي : الوسيـ ـط فـي النـظرية العامة للإلتزامات، الكتاب الاول ،
المصـادر الإراديـة للإلـتزام، العقد و الإرادة المنفردة، دار
النهضـة العـربية ، مصـر ، الطـبعة الاولى ، 1999.
31- -د: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصري نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتـ ـزام المجلد الأول دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الـثالثة 1981.

32- د: عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه

الغربـي المجلد الأول الجزء الأول دار إحياء التراث
العربـ ـي بيروت لبنان 1998.
33-د: عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني المصـري منشورات
الحلبي الحقـوقية بـيروت لبنان الطبعة الجديدة 1998.
34- د : عبد الرزاق أحمد السنهوري : نظرية العقد ، الجزء الأول ، منشورات الحلبي
الحقوقية بيروت ، لبنان، الطبعة الثانية ، 1998.
35- د : عبد الرزاق أحمد السنهوري : نظرية العقد ، الجـ ـزء الثاني ، منشورات الحلبي
الحقوقية بيروت ، لبنان، الطـ ـبعة الثانية ، 1998.
36- د: عبد القادر الفار: مصادر الالتزام دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى1998.
37-د: عبد القادر الفار: أحكام الالتزام أثار الحق في القانون المدني دار الثقافة للنشر والتوزيع
الطـبعـة الثانـ ـ ـية 1999.
38-د: عبد المجيد محمد الحفناوي، د : عكاشة محمد عبد العال : تاريخ النظم الإجتماعية القانونية و القانون الروماني، دار الجامعية ، بيروت – لبنان ، 1991.
39- د: عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري
مكـتبـة سيـد عبـد ا وهبـة، القاهرة ،مصر،1973.
40- د: عبد المنعم فرق الصدة : نظرية العقد في قوانين الدول العربية، دار النهضة العربية
للطباعة و النشر، بيروت لبنان ، 1974.
41- د: عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالـ ـتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية

الإماراتي مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة الطـ ـبعة الـثانيـ ـ ـة 2000.
42- د: عبد الودود يحي : الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، المصادر، الأحكام ، الإثبات، القسم الأول : مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، مصر ، 1994.

43- د : عكاشة محمد عبد العال : تطور فكرة الإلتزام في القانون الروماني، الدار الجامعية بيروت ، لبنان، 1998.
44-د: علي الخفـ ـيف: التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة دار المعارف الإسكندرية مـ ـصر 1980
45- د: عدنان طه الدوري: أحكـام الالـتزام و الاثبات في القانون المدني الليبي منشورات الجـ ـامعة المفـ ـتوحة الطـ ـبعة الثـ ـانية 1995.
46- د: علي علي سليمان: النظرية العامة للالتـ ـ ـزام مصـادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ابن عكنون الجزائر الطبعة الـ ـثالثـ ـة 1992.
47- د: فرج توفيق حسن: القانون الروماني الدار الجامعية بيروت لبنان 1985.
48- د: محمد حسن قاسم: نظرية الالتزام الجزء الأول دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مـ ـصر 1994.
49- د: محمد حسنين: الوجـيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر1983.
50- د: محمد حسين منصور: مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة سلسلة القانون المدني
الدار الجامعية للطباعة والنشر 2000.
51- د: محـمد شكري سرور: النـظرية العـامة للحـق دار الفكر العربي مصر الطبعة الأولى1999.

52- د : محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات ،
الجـ ـزء الأول ، مصادر الإلتزام، دار الهدى ، عين مليلة،
الـجزائـ ـر، الطـ ـبـ ـعة الأولى ، 1992 – 1993.
53- د: محمد علي البدوي : النظـ ـرية العـ ـامة للإلتـ ـزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، منشورات الجامعة المفتوحـ ـة، طـ ـرابلس – ليبيا، الطبعة الثانية 1993.

54- د: محمد وحيد سوار الدين: شرح القانون المدني المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة الجزء الأول المطبعة الجديدة دمشق سوريا 1987.
55- د: محمود عبد الرحيم الذيب: مـ ـ ـدى إلزام الغير بما لم يلتزم –دار الجامعة الجديـ ـدة للنشر 1999.
56- د: مصطفى الجمال : مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية – مصر، 1999.
57- د : منذر الفضل : النظرية العامة للإلتزامات ، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة دار الثـ ـ ـقافة للنـ ـشر و التوزيع ، عمان - الأردن، 1996.
58- د: نبيل ابراهيم سعد : النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، دار المعرفة الجامـ ـعية ، الاسـ ـكندرية-مصر، 1999.
59- د : هنري باتيفول : (ترجمـ ـة د : سموحـ ـي فوق العادة) ، منشورات عويدات، بـ ـيـ ـروت –لبنـ ـان ، الطـ ـبعة الأولـ ـى ، 1972.
60 - د: يحي بكوش: أدلـ ـة الإثـ ـبات في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي دراسة نظـ ـرية وتـ ـطبيـ ـقية مقـ ـارنة المؤسسـ ـة الوطنية للكتاب الجـ ـزائر الطبعة الثانية 1988.

ب- المـراجـع الخـاصـة

ب-1/ الرســـائل

61- د : حميد بن شنيتي : سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة دكتوراه الدولة في القانون،

كلية الحقوق ابن عكنون ، الجزائر، 1996.

62- د: فريدة زواوي : مبـدأ نسـبية العـقد، رسالة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق،

ابن عكنون – الجزائر ، 1993.

ب-2/ البحــوث

63- حورية كميح : بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجيستير في العقود

المسؤولية، كلية الحقوق، ابن عكنون – الجزائر ، 1983.

64- د: محمد تقية: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون المدني الجزائري والشريعة

الإسلامية الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 1992.

65- د: محمد سعيد جعفور: إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري معهد

الحقوق ابن عكنون الجزائر 1985.

66- د: يوسف بوشاشـي: حـوالة الحـق فـي الـقانون الـمدني الجزائري معهد الحقوق

ابن عكـــنون الجزائر.

ب-3/ الـدروس والمـحـاضـرات

67- د: علي فيلالي : دروس في الإلتزامات لطلبة السنة الثانية حقوق، السنة الجامعية

1994-1995 ، مطبوعات معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة ابن عكنون الجزائر .

ب-4/ الموســوعــات

68- موســوعة الفــقه والقضاء: الجــزء الــثالث والأربــعون الدار العربية للموسوعات

بيــروت لبنان 1989.

ب-5/ المــجلات

69- د: سعد الكوراني: الاستغلال والغبن في العقود بحث مقارن في القانون المصري والقوانين المدنية العربية مجلة المحاماة العدد الأول، 1961.

70- د: علي علي سليمان: الشــريعــة الاسلامــية كمصدر للقانون الجزائري-مجلة الفكر

القانــوني ،العــدد الأول، 1984.

ب-6/ قــرارات المحــكمة العــليا

71- قرار المحكمة العليا : الغرفة المدنية المؤرخ في 1982/12/07 الماف رقم: 49562

المجلة القضائية سنة 1990 العدد الثاني ، ص :38 .

72- قرار المحكمة العليا : الغرفة المدنية المؤرخ في 02/13 /1982، الماف رقم: 24028

نــشرة القضاة سنة 1985 العدد الثالث ص: 70.

73- قرار المحكمة العليا : الغرفة المدنية المؤرخ في 1988/06/20 الماف رقم: 47824

المجلة القضائية سنة 1990 العدد الثالث. ص:147.

74- قرار المحكمة العليا : الغرفة المدنية المؤرخ في 1988/12/07، الملف رقم:46711،

المجـلة القضـ ـائية سـنة 1990 العـ ـدد الـثاني ص:23.

ثانـ ـيـ ـا: باللـ ـ ـ ـ ـغة الفرنـ ـ ـسيـ ـة

أ/ المراجـــع العـــامـــة

75- ALFERD RIEG : La règle de la volonté dans l'acte juridique en droit
civil Français et Allemend , Paris L.G.D.J, 1961.

76- AUBRY ET RAU : Cours de droit civil français
Tome : IV 6 eme edition Paris 1952.

77- BAUDRY ET BARDE: Traite théorique et pratique de droit civil
3eme édition Tome : 3-1908.

78- BUFNIOR : Proprieté de contrat 2 eme edition 1924.

79-DEMOLOMBE : cours de code napoléon traite des contrats.
Tome IVI 1879.

80- D : EUGENE GAUDMET : Théorie générale des obligations publié
par H.des bois, J.Gaudmet en 1937
TRAITE SIREY.

81- FRANÇOIS TERRE, PHILIPE SIMLER, YVES LE QUETTE : droit civil- les obligation (5èmeédition),Novembre ateliers de normandie roto 1993.

82- JEORGE RIPPERT : La règle morale dans les obligations civil, 4ème
édition , 1949.

83- GHESTIN : traité de droit civil « les obligations » le contrat Paris
1980.

84- LAREMBIERE : théorie et pratique des obligations, Paris 1885.

85- LAURENT : Principes du droit civil français 3éme édition Tome XVIII.

86- PLANIOL ET RIPERT : traité pratique du droit civil français 2éme édition Paris 1952.

المراجـع الخـاصــة - ب/

87- MARTIN DE MOUTTE : L’acte juridique unilateral thèse de magistère Paris1951.

الفهرس